

T  
346.36  
A366

S C B  
00018121

1

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

GERMAN ENRIQUE ALEAN TAMARA

//

JOAQUIN ISMAEL GUETE HERRERA



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
Fernández de Madrid  
Universidad de Cartagena

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

48172

CARTAGENA, JULIO DE 1.986

2

Cartagena, Agosto 19 de 1986

SEÑOR  
DIRECTOR  
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS  
ATTE: DR. GUILLERMO BAENA PIANETA  
E.                      S.                      D.

Ref.-Concepto sobre tesis, señores  
GERMAN ALEAN TAMARA y JOAQUIN GUETE HERRERA.-

Apreciado Doctor:

La tesis de los referidos estudiantes trata sobre generalidades del Testamento, como su propio nombre lo indica, los estudiantes no entran a profundizar en el tema, sin embargo hacen una buena historia de la sucesión testada, explican detalladamente lo que significaba el testamento para los romanos, y el desuso hoy en nuestro pueblo del mismo.

Por lo demás analizan cada clase de testamento.

El trabajo está elaborado responsablemente y deja entrever el esfuerzo de los autores por decir lo más sobresaliente en este caso.

Con base en éstas condiciones debe ser aprobada el título de abogado.

Atentamente,

CARLOTA VERBEL ARIZA

## D E D I C A T O R I A

A LA MEMORIA DE NUESTRO AMIGO Y COMPAÑERO SAUL MORALES CALVO, QUIEN EN SU AFAN DE NO DARLE TIEMPO AL TIEMPO PRECIPITO SU PARTIDA Y NOS PRIVO ASI DE SU COMPAÑIA PARA DISFRUTAR ESTE TRIUNFO QUE HOY COMPARTIMOS.

A NUESTRO PADRES, HERMANOS Y AMIGOS QUE CON SU AYUDA MORAL Y FISICA HICIERON POSIBLE QUE HOY ALCANZARAMOS ESTA META PARA BIEN NUESTRO Y DE LA SOCIEDAD.

GERMAN  
JOAQUIN

C A R T A G E N A

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LOS CONCEPTOS EMITIDOS EN LA TESIS, TALES OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE PROPIAS DE LOS AUTORES.

ARTICULO 83 DEL REGLAMENTO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR : DR. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

DECANO : DR. ALCIDES ANGULO PASSOS

SECRETARIO GENERAL : DR. ALVARO SIERRA NAVARRO

SECRETARIO ACADEMICO : DR. PEDRO MACIA HERNANDEZ

DIRECTOR DEL CENTRO DE  
INVESTIGACIONES : DR. GUILLERMO BAENA PIANETA

PRESIDENTE DE TESIS : DRA. ELSA SAAVEDRA DE GUETE

PRIMER EXAMINADOR : DR. RAFAEL H. DE LA LAVALLE

SEGUNDO EXAMINADOR : DR. CARLOTA VERBEL ARIZA

TERCER EXAMINADOR :

C O N T E N I D O

Pág.-

INTRODUCCION ..... 1

I. DEL TESTAMENTO .....2

    1. ORIGEN ..... 2

        1.1. ETIMOLOGIA ..... 2

        1.2. EVOLUCION ..... 3

    2. CONCEPTO ..... 4

    3. CARACTERISTICAS ..... 4

    4. NATURALEZA ..... 5

    5. FUNDAMENTO ..... 6

II. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO ..... 8

    1. NOCION ..... 8

    2. CARACTERES ..... 8

    3. ORIGEN ..... 8

    4. CAPACIDAD PARA TESTAR ..... 9

    5. FORMAS DE TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO ..... 10

III. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMANICO Y CANONICO ..... 12

    1. NOCION ..... 12

    2. INTRODUCCION DEL TESTAMENTO EN LOS PUEBLOS  
        GERMANICOS ..... 13

    3. INFLUJO DE LA IGLESIA ..... 13

IV. EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA ..... 14

    1. ORIGEN ..... 14

V. ELEMENTOS DE FONDO EN EL TESTAMENTO ..... 22

- 1. LA CAPACIDAD ..... 22
  
- VI. SEGUNDO ELEMENTO DE FONDO ..... 28
  - 1. EL CONSENTIMIENTO ..... 28
  - 2. EL ERROR ..... 28
  - 3. LA FUERZA ..... 32
  - 4. EL DOLO ..... 33
  - 5. EL OBJETO ..... 34
  - 6. LA CAUSA ..... 35
  
- VII. DISTINTAS CLASES DE TESTAMENTO ..... 38
  - 1. TESTAMENTOS ABIERTOS Y CERRADOS ..... 38
  - 2. TESTAMENTO PUBLICO ANTE NOTARIO ..... 39
  - 3. TESTAMENTO PUBLICO ANTE TESTIGOS ..... 42
  - 4. TESTAMENTO CERRADO SECRETO ..... 44
  - 5. TESTAMENTO DE LOS QUE CARECEN DE HABLA ..... 47
  - 6. TESTAMENTO DEL CIEGO ..... 47
  - 7. TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO ..... 48
  - 8. APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO OTORGADO EN EL  
EXTRANJERO ..... 51
  - 9. NULIDAD EXTERNA DE LOS TESTAMENTOS ..... 52
  - 10. EFECTOS DEL TESTAMENTO NULO ..... 53
  
- VIII. TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS ..... 54
  - 1. CONCEPTO ..... 54
  - 2. TESTAMENTO VERBAL ..... 54
  - 3. TESTAMENTO MILITAR ..... 58
  - 4. TESTAMENTO MARITIMO ..... 61
  
- IX. REGLAS GENERALES SOBRE ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS ..... 63
  - 1. ASIGNACIONES E INHABILIDADES ..... 63
  - 2. ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL Y SINGULAR ..... 63
  - 3. DESIGNACION DEL ASIGNATARIO ..... 64

4. DESIGNACION DE PERSONAS FUTURAS ..... 66

5. DESIGNACIONES ERRONEAS E ILEGAL ..... 66

6. EXCEPCIONES DEL ARTICULO 1113 DEL CODIGO CIVIL

    COLOMBIANO ..... 67

CONCLUSIONES ..... 69

BIBLIOGRAFIA ..... 71

I N T R O D U C C I O N

El escoger este tema para nosotros fué de gran importancia, ya que nos movió un interés particular, el estudio de la época en que se comenzó a instituir el testamento como una función jurídica y social.

Función que se hizo extensiva a todas las personas sin distinción de raza, posición social, estado civil, y ciudadano, claro está, teniendo presente que existen una excepciones pero estas son más de tipo subjetivo que de tipo objetivo.

A través del tiempo esta figura jurídica denominada testamento, ha sido materia de grandes discusiones, porque es aceptable que una persona disponga para después de su muerte el fruto de su trabajo y esfuerzo, buscando que estos caigan en manos productivas que sepan engrandecerlo.

Es pues, más que lógico que sea la misma persona quién en circunstancias determinadas elija a sus sucesores, que pueden ser personajes del mismo árbol, o personas ajenas a ese árbol, pero que por su dedicación y muestra de amor filial hacia el testador se hacen merecedores de tomar parte en la masa de bienes del testador.

Esperamos que éste trabajo sirva como base de estudio y orientación a los estudiantes de la Universidad de Cartagena.

Debemos expresar nuestros agradecimientos, a las personas que en una u otra forma hicieron posible llevar a cabo esta investigación.-

## I. DEL TESTAMENTO

### 1. ORIGEN

La doctrina tradicional dice que el antiguo derecho hindú no se conoció el testamento, el derecho Ateniense lo prohibía de modo absoluto hasta Solon, quién lo introdujo para el caso de que no hubiera legítimos. El testamento estuvo prohibido e ignorado durante largo en Esparta y sólo se autorizó con posterioridad a la guerra del Peloponeso.

Se ha conservado el recuerdo de un tiempo en que sucedía lo mismo en Corinto que en Tebas. En Roma, cuna del derecho y modelo de nuestra legislación, se creó la institución testamentaria mucho antes de las XII Tablas, pero es necesario tener en cuenta que no era entonces lo que es hoy, ni siquiera lo que fué en la Roma de Justiniano.

#### 1.1. ETIMOLOGIA

Acerca de la etimología de ésta palabra discútense por los autores. Según Servio Salpucio, de quién lo tomó Justiniano, seguido por Alfonso El Sabio en Las Partidas, procede de Testatio Mentis, en sentido de testimonio de la voluntad, etimología que hizo fortuna por relacionarse con la definición de Ulpiano: *mentis contestatio*; pero se como obseva Girard, esa etimología es un mero juego de palabras. Más valor tiene la de Testibus Mentis, que se apoya en la consideración de que siempre y desde un principio fué el Testamento una declaración hecha ante testigos, que en el origen tenían un papel de colaboradores.

## 1.2. EVOLUCION

El Testamento no se muestra hasta que aparece la facultad de testar, y no nace de golpe tal y como hoy existe, sino que es el resultado de una lenta evolución. Mientras la propiedad fué puramente familiar, siendo los parientes herederos únicos y necesarios, no podía existir sino la sucesión que hoy llamamos legítima; pero en el caso de que uno no tuviera herederos necesarios, para que los bienes no quedaran abandonados era natural que se creasen un heredero. Más adelante se distinguió entre la propiedad de la familia y las cosas propias del jefe de estas ( res sua ), admitiéndose la facultad de disponer de estas para después de la muerte. La transformación de la propiedad puramente individual trajo consigo la libertad de testar y acabó de dar al testamento el carácter que hoy tiene, si bien por los abusos que se cometieron fué necesario limitar aquella libertad, aunque conserva el Testamento su carácter como acto de disposición mortis causa de los bienes que el testador podía transmitir.

Esta evolución está comprobada por la historia del derecho y la legislación comparada . En la legislación arcaica la función del testamento se llenó imperfectamente por otras instituciones, de las cuales El Testamento se llenó de perfección por un proceso evolutivo. Estas instituciones fueron : 1o. La creación de un parentesco artificial o legal por medio de la adopción que otorgaba el carácter de heredero ( Grecia, India, Egipto, Persia, Irlanda, China, y pueblos primitivos de América ); 2o. Un género de adopción especial, para el sólo efecto de establecer heredero, sin modificar el estado de familia de éste ( derecho sálico, ripuario, lombardo, etcétera ); 3o. Designación de un intermediario que recibía los bienes en vida del testator con el encargo de transmitirlos después de la muerte de éste a otra persona ( Derecho Romano, Hebreo, Musulmán, etcétera. ); 4o. Liberalidades de cosas particulares, no recayendo sobre el conjunto del patrimonio, que por costumbre podía hacer el jefe de la familia al morir, ordenando al heredero que la realizase ( Derecho Judío, derecho indígena en la alta Edad Media ); 5o. Contratos con alcance sucesorio(in

terdonaciones de la Edad Media y donaciones reservato usufructo).

Como se ve, la idea fundamental del testamento, aparece desde el antiguo en todos los pueblos hasta el punto de que aún en aquellos en que la propiedad era más rigurosamente familiar de los bienes en algún modo. Así, entre los hebreos, a pesar de la institución del jubileo, que tendía a conservar los bienes en la familia por lo cual cada cincuenta años volvían a la que habían sido atribuidos en el primer reparto, el padre de familia podía durante su vida hacer la distribución, como el la India, en la cual se daba siempre una porción mayor al hijo primogénito o al preferido, que debía continuar la familia.

Donde la evolución del testamento aparece mejor diseñado es en Roma, que fué también la que lo perfeccionó, hasta el punto de servir de modelo a las legislaciones posteriores que lo heredaron de ella.

## 2. CONCEPTO

El testamento suele definirse como "la declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte". De donde se desprende que el testamento es a la vez acto jurídico de la manifestación de la voluntad, y no se limita a la disposición de bienes, pues versa también y puede versar sobre las obligaciones y derechos transmisibles del testador. Siempre y en todas partes se admitió y admiten que el que carece de bienes puede ordenar su voluntad para después de la muerte, adoptando ciertas disposiciones como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial o el nombramiento de un tutor.

## 3. CARACTERISTICAS

Es un acto mortis causa, pues no surte efecto alguno hasta después del fallecimiento del testador, no confiriendo derecho alguno actual al designar en el como su cesor (que hasta ignorar ésta designa



cion), sino solo una mera expectativa. Es unilateral, pues no contiene más que la declaración de una voluntad (pues aunque han existido los testamentos llamados conjuntos y de mancomún esto no se opone al carácter de quién se trata, ya que eran dos o más testamentos juntos, uno por cada testador). Es esencialmente revocable, si el testamento ha de contener la voluntad de la persona para después de la muerte, siendo la voluntad de la persona esencialmente variable y el testador de un acto unilateral, claro está, que ésta ha de poder variarse hasta el momento de la muerte, y de ahí que el testamento no sea sólo un acto de voluntad, sino de última voluntad; y en estos suelen los expositores fundar la revocabilidad, pues, dicen, si el testamento no fuese revocable no sería un acto de última voluntad. Es un acto solemne, es decir, rodeado de ciertos requisitos externos o formalidades que han de ser los necesarios para probar en su día la voluntad del testador de una manera auténtica, siendo este carácter reconocido en todos los tiempos y por todas las legislaciones, para evitar en lo posible la suplantación de la voluntad, relativamente fácil en la hora de la muerte, en la que los sentidos se debilitan.

Claro está que en el testamento han de concurrir, además, como fundamentales los requisitos esenciales de todo acto jurídico; esto es, que sea libre, que proceda de un principio intrínseco con conocimiento del fin y, por tanto ha de tener el testador condiciones para ello esto es, ha de encontrarse en la plenitud de las facultades intelectuales y morales necesarias para conocer y querer el acto que realiza.

#### 4. NATURALEZA

Modernamente se ha sostenido por diversos autores que el testamento tiene naturaleza contractual, es contrato; GABBA sostiene que es un contrato en que la sociedad está representada por los herederos TIERS, dice que es una donación; FILDERMANN, lo define como un contrato o causa de muerte, por la cual una persona transmite gratuitamente su patrimonio a otra persona; MENDIZABAL, sostiene que la fuerza

del testamento se deriva de la aceptación del heredero; COGLIOLLO sostiene que el testamento no tiene naturaleza contractual, por muchas razones dentro de las cuales se destacan la revocabilidad por parte del testador faltando en él todo contrato, lo mismo que la obligación recíproca que todo contrato supone. Además, el contrato da desde luego al otro contratante algún derecho y el testamento no otorga al heredero derecho alguno actual sino una mera expectativa que depende de la voluntad del testador.

Es pues, el testamento un acto sui generis, con especial y propia naturaleza y fisonomía, constituye el modo de actuar, la facultad de testar.

5. FUNDAMENTO

MENDIZABAL, sostiene que el testamento es obra del derecho positivo, que carece de fundamento jurídico natural; cierto es que el testamento ha surgido en la historia como resultado del progreso jurídico y que ha ido siendo regulado por el derecho positivo; más esto no quita para que tenga fundamento en el derecho natural, lo que hacen las legislaciones positivas es regularlos, exigiendo los requisitos que juzgan más adecuados a su objeto; pero esto ocurre con todas las instituciones jurídicas y no por eso se dice que son únicamente de derecho positivo. Es to es, por tanto, sustancialmente de derecho natural, tocando a éste señalar las condiciones naturales necesarias que han de reunir, las cuales debe precisar y regular el derecho positivo. VALVERDE dice que el testamento es "el instrumento que mayores ventajas ofrecen para disponer determinadas cosas, pues el hombre, pensando en la muerte, olvidando todos los rencores y pasiones se convierte en el juez de la familia y de sí mismo para ordenar todo aquello que responda a las imperitorias y sagradas determinaciones de su conciencia; por eso hay nada más respetable ni nada debe cumplirse con más solicitud que lo mandado por los testadores". Por esto dice PRISCO que, entre los varios modos por las cuales la propiedad puede recibir un destino futuro, ocupa el primer lugar el testamento,

y que, a la manera como la propiedad es el triunfo de la libertad humana sobre la materia, el testamento es la finalidad racional de ese triunfo. Por lo mismo dijo LERMIMIER que el testamento es un acto necesario a la libertad humana y a la dignidad del padre y necesario para la obediencia de los hijos, y BENTHAN, que es un instrumento puesto en manos de los individuos para prevenir calamidades privadas y aún pueden ser considerada como instrumento de autoridad confiado a los padres para estimular la virtud y reprimir el vicio en el seno de la familia.

## II. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO

### 1. NOCION

Los jurisconsultos romanos no trabajaron una definición del testamento en el estado que éste alcanzó en el derecho nuevo. Ulpiano y Modestino se limitaron a reproducir ciertas fórmulas del antiguo derecho cuando ambos conceptúan que el testamento es una expresión solemne de última voluntad. En el derecho romano imperial y en el justiniano, el testamento es un acto más o menos solemne de última voluntad por el que se instituyen uno o más herederos directos, lo que hace diferenciarlos con el fideicomiso universal.

### 2. CARACTERES

Se deducen del concepto que acaba de formularse y son:  
Ser un acto solemne, en el sentido de que en antiguo derecho estaba rodeado de fórmulas y ceremonias y siempre debió hacerse de tal modo que constituyese una prueba clara y perpetua de la voluntad del testador.

Ser personalísimo, pues, como puede querer por otro medio, nadie podía testar por otro, no reconociendo el derecho romano válidos a las instituciones de herederos hechos por mandatarios o tercera persona.

Ser esencialmente revocable, por ser expresión de la última voluntad, y variar la voluntad del hombre con el tiempo según las circunstancias.

### 3. ORIGEN

No está todavía muy claro el origen del testamento en Roma, la tradición presenta ya a ACCA LAURENTINA, la supuesta nodriza de Rómulo, testando en favor del pueblo romano, pero esto no pasa de ser una leyenda. Mientras existió en Roma el régimen de la comunidad agraria no debió de existir ni siquiera sucesión mortis causa pues la propiedad pertenecía al clan y era intrasmisible. Instaurado el régimen de la propiedad familiar ( heredium ), cupo ya la trasmisión mortis causa, pero por regla superior a la voluntad de los particulares, en virtud de las costumbres, y, por tanto, sólo fué en el principio la sucesión legítima. El Testamento no fué en el antiguo derecho, como lo fué en el nuevo, un acto esencialmente destinado a la disposición de los bienes, pues la sucesión hereditaria no tenía tanto el fin de transmitir éstos, como transmitir el conjunto de poderes que constituían la potestad soberana del pater familias, es decir, la soberanía sobre la familia considerada esta como organismo político y religioso debiendo toda la familia continuar unida bajo el poder del jefe designado por el difunto, y por eso la voz sucesión indica el entrar en el lugar de otro en una carga, en el ejercicio de un poder; más adelante resaltó la importancia de la trasmisión de bienes y se ideó el testamento per aes et libram, del cual se fueron derivando las demás formas de la institución.

4. CAPACIDAD PARA TESTAR

La capacidad para testar recibió en Roma el nombre de Testamenti factio, añadiéndose activa para distinguirla de la pasiva, que era la capacidad para ser heredero o legatario, y de la que se tenía para ser testigo de un testamento, capacidad esta última que en un principio fué colaboradora y luego meramente expectativa.

Los jurisconsultos Romanos no dieron una regla general respecto a la capacidad de otorgar testamento, sino que procedieron por vía de exclusión, determinando quienes no podían otorgar testamento.

Para los romanos no podían otorgar testamento los incapaces de

derecho y de hecho; los primeros recibían este nombre cuando les faltaban uno de los tres elementos de la capacidad: libertad, ciudadanía y familia, los segundos cuando les faltaba capacidad intelectual o de ejercer el comercio. Dentro del primer grupo de encontraban los esclavos (no tenían capacidad para ningún acto jurídico), los extranjeros (Incapaces absolutos), los alieni-inris (no tenían bienes propios), los ciudadanos que caían prisioneros del enemigo (se consideraban esclavos); entre los incapaces de hecho estaban, los impúberes fuesen hombres o mujeres (acerca de la pubertad se llegó a fijar el límite de los 14 años de edad para los hombres y 12 para las mujeres); los locos, pero si tenían intervalos lúcidos podían hacer testamentos durante ellos; el pródigo, pues en el derecho clásico le está prohibido ejercer el comercio; el sordo y el mudo (no el ciego que siempre pudo otorgar testamento).

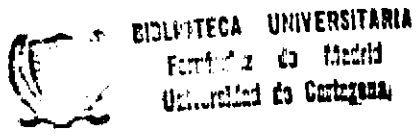
#### 5. FORMAS DE TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO

El Testamento en Roma podía ser público o privado según que se declarará o no la última voluntad ante autoridad pública la cual le vantaba acta de ello, conservandola en su archivo. Esta autoridad fué al principio la Curia, y después también el Presidente o Gobernador de la provincia que era el Juez ordinario, por lo cual también se dió a este testamento el nombre de judicial.

Los testamentos privados, se dividían en ordinarios y extraordinarios; los ordinarios eran el oral y el escrito, en cuanto a los primeros a ellos existían requisitos comunes a los dos y especiales de cada uno. Los requisitos comunes a los dos eran: Presencia de siete testigos capaces y rogados. La rogación consistía en que el testador los llamase especialmente, invocando su testimonio para que autorizasen el testamento y que ellos se accediesen voluntariamente.

Unidad de acto, la cual comprendía en sí la unidad de contexto, la unidad de tiempo y la unidad de lugar. Los requisitos especiales eran en el ordinario, si era oral, manifestación de voluntad ante siete

testigos rogados y reunidos, observando la unidad de acto; si era escrito, escribirlo el testador por sí mismo o por mano de otra persona, aunque fuera esta uno de los testigos o un esclavo ajeno o propio; pero no por mano del heredero por prohibirlo el senado consulto LIBORIANO: Los testamentos privados extraordinarios, se clasificaban en especiales y privilegiados. Los primeros atendían a la situación especial en que el testamento se redactaba por el testador presente, y el segundo, a la clase social a la que el testador pertenecía. Entre los primeros se encontraba el del ciego, del sordomudo, el hecho en el campo, en tiempo de pesca, etcétera, entre los privilegiados, el más importante era el de los militares.



### III. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMANICO Y CANONICO

#### 1. NOCION

Los germanos no conocieron el testamento hasta que establecido entre las ruinas del Imperio, alertaron las instituciones de los romanos vencidos por ellos. TACITO dice, no tenían clase alguna de testamento y las leyes propiamente bárbaras no lo mencionan, empleando la voz testamentum en latín como significando el documento en que constaba cualquier acto jurídico. Entre ellos como entre nosotros, entre los romanos primitivos, el jefe de la familia era considerado más como administrador que como dueño, pues conocían la propiedad privada, teniendo la propiedad el carácter familiar, por lo tanto a la muerte del jefe pasaba a la administración al que le sucediese en la dirección del grupo familiar. Incluso los bienes adquiridos muebles iban a los hijos que sucedían siempre de pleno derecho, no siendo necesaria la adición voluntaria de la herencia.

Sólo él que carecía de descendientes podía nombrar de heredero a un extraño, recurriendo para ello el procedimiento de la adopción, colocándolo en el lugar de hijo, por la entrega de la espada hecha por medio de un tercero, con ciertas fórmulas y ante la asamblea del pueblo.

Con el tiempo, a medida que la propiedad privada ganaba terreno, se permitió al que tuviera hijos disponer para después de su muerte de los bienes adquiridos por él que no fueran procedentes de sus ascendientes. En un principio estas donaciones fueron irrevocables sin duda por influencia del derecho romano.



## 2. INTRODUCCION DEL TESTAMENTO EN LOS PUEBLOS GERMANICOS

Por lo que antecede se comprende que al decir TACITO que los germanos no conocían el testamento, se refería al que en su tiempo se practicaba en Roma; pues la idea de él iba sufriendo entre aquellos una evolución parecida a la que hubo entre los romanos. Es probable que los germanos habrían llegado por sí solos, en más o menos tiempo, a resultados parecidos a los que en Roma se obtuvieron; pero la evolución se precipitó por virtud de convivencia de los vecinos. Estos, que siguieron rigiéndose por su propio derecho, continuaron practicando el testamento en la forma que entre ellos tenían, la cual fué aceptada por la Iglesia. Los vencedores aceptaron al fin esta institución tal y como existía entre los vencidos, empezando por practicarla de hecho y acabando por admitirla en las leyes como común para unos y otros.

## 3. INFLUJO DE LA IGLESIA

Una causa poderosa de la generalización del testamento fué la facilidad que otorgaba para hacer liberalidades piadosas como medio de expiar los pecados cometidos, generalizándose las manumisiones por este siglo- medio y los legados a las iglesias y los establecimientos piadosos. Los cruzados y los peregrinos otorgaban muchas veces testamento disponiendo de sus bienes para el caso de que no volvieran a la cruzada o de la peregrinación.

#### IV EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

##### 1. ORIGEN

El Testamento en la legislación colombiana ha conservado en sus grandes rasgos que le otorgó el derecho romano en donde la facultad de testar, como se vió anteriormente, no estaba púes plenamente reconocida al hombre, ni podía estarlo en tanto que esa sociedad permaneciese bajo el imperio de la antigua región, muchos tratadistas se sirvieron del vocablo testamento para determinar la idea de la atestación, tal es la dedinición dada por MODESTINO : *Voluntatis nostrae iusta sentetia de eocudquis post mortis suam fieri velit.*

Se ha plegado, púes, nuestro derecho colombiano a la concepción del derecho romano, como un acto de disposición revocable del patrimonio, que solo ha de tener eficacia a la muerte del disponente, esta concepción se aprecia claramente en el tenor del artículo 1055 del C.C.C. que es el siguiente : " El Testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto despúes de sus días, conservando la potestad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva".

Según las definiciones antes expuestas, el testamento es la esposición legítima de nuestra voluntad y por aplicación a esta definición, nulas serán todas las disposiciones contenidas en el pensamiento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio reciproco de los otorgantes o de una tercera persona.

Así; lo estatuye el artículo 1059 del C.C.C.

El que el testamento sea de una sola persona, tomando el vocablo " acto " como equivalente de negocio, no sería incompatible con un

mismo instrumento otorguen dos o más personas su testamento; pero la ley colombiana variando el derecho antiguo, ha prohibido también esto, por lo cual un instrumento no sirve sino como expresión de la voluntad de un otorgante, bien claro se vé, que la voluntariedad es completa, porque la voluntad del otorgante es suya exclusivamente, y no con secuencia o condición de la voluntad de otra .

Desde dos puntos de vista suelen pñes definirse el testamento : Como acto jurídico y como manifestación de la voluntad. Tanto en uno como en otro caso la generalidad de los autores y de los códigos li mitan su alcance a la disposición de bienes para después de la muer te del testador. Semejantes modos de definir el testamento son in completos e inexactos .

El testamento es a la vez acto jurídico y manifestación de la vo luntad, y no se limita a la disposición de bienes, pñes versa también y puede versar sobre las obligaciones y derechos trasmisibles del tes tador. Siempre y en todas partes se admitió y admite que el carece de bienes puede ordenar su voluntad para después de su muerte, adoptan do ciertas disposiciones, como, puede apreciar claramente mediante reconocimiento de un hijo extramatrimonial o nombramiento de un tutor; además que si existiesen bienes, estos se transmiten con las obligacio nes que pesaban sobre el causante de la obligación.

Constituido el testamento como una declaración legal de última voluntad para disponer de bienes después de la muerte, no toda manifes tación de voluntad para después de la muerte sobre tales casos, cons tituyen un verdadero testamento,, pñes para esto se precisa que esa manifestación reúna ciertos caracteres especiales, que ha de refle jarse en la definición para que esta exprese la naturaleza del acto jurídico en que le testamento consiste.

Dentro de esos caracteres es desde luego, el ser un acto mortis causa, de modo que esa disposición de última voluntad no empieza a tener efecto, sino después de la muerte del testador. La voluntad del

testador es el alma de su testamento, así como la voluntad del legislador es el alma de la ley, y debe respetarse hasta en las expresiones ambiguas que la ocultan, sin que causen obstáculo alguno a su cumplimiento, las nubes en que esté envuelta, siempre que de algún modo pueda descubrirse y conocerse. Las leyes civiles de todas las naciones, después de fijar el derecho de propiedad y hacerlo comunicables mediante los contratos, le hicieron también transmisibles en el instante de la muerte, abriendo así las puertas a los testamentos, de modo que no contentas con determinar quien debía de pertenecer los bienes vacantes, han permitido al hombre determinarlo para sí mismo, para que mediante la justa distribución de su hacienda pueda recompensar a unos, castigar a otros, alentar a los que inclinan al bien, y dar con suelo a los que experimentan las desgracias de la naturaleza o a los reveses de las fortunas.

Otro carácter del testamento es el de ser una declaración unilateral de la voluntad, y esta declaración tiene pleno valor jurídico independientemente de si los herederos o legatarios instituidos aceptan o repudian; pues aunque han existido los testamentos llamados conjuntos y de mancomunidad, esto no se opone al carácter de que se trata, ya que eran dos o más testamentos juntos, uno por cada testador.

Pero la Ley, sólo dá valor a la declaración de una sola voluntad, así lo estatuye el artículo 1059 del C.C.C. cuando advierte " El Testamento es un acto de una sola persona. Será nula por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona ".

Se prohíben, pues, los testamentos colectivos y mancomunados es decir, los hechos colectivamente por dos o más personas. Así como serían inexistentes el testamento colectivo que marido y mujer hicieran en la distribución de sus bienes en favor de sus hijos. La prohibición de todo testamento colectivo se debe a que si uno de los otorgantes revoca, suele quedar sin fundamento el otorgado por el otro u otros, con todo, esta prohibición no se opone a que dos personas se instituyan mutuamente herederos, con la condición de que cada uno

haga su testamento por separado , ni tampoco a que marido y mujer dispongan de sus bienes en favor de sus hijos con el mismo requisito..

Es un acto revocable, porque conteniendo el testamento la voluntad de las personas para despúes de la muerte.y siendo la voluntad esencialmente variable y el testamento acto unilateral, ha de poderse variar hasta el momento de la muerte, de ahf que el testamento no sea un acto de voluntad sinó de última voluntad. En este aspecto del testamento suelen los expositores fundar la revocabilidad del testamento, puesto que si el testamento no fuese revocable, dicen, no sería un acto de última voluntad.

Laley rodea el acto testamentario de las precauciones que se juzguen suficientes para salvaguardar la completa voluntariedad de su contenido por lo cual no autoriza a los particulares para aumentar estos requisitos, dispuesto por ella con palabras o señales determinadas.

Cuando en un testamento anterior se ordenare que no valga su revocación, sinó conforme a ciertos actos y señales, se mirará esta disposición como nó escrita.

La revocación del testamento es distinta de la donación, porque consistiendo esta figura en un acto de disposición contractual de los bienes presentes, es esencialmente irrevocable, siquiera su revocabilidad no sea absoluta, desde que puede ser subordinada al complemento de una condición, la implicada supervivencia del donatario.

El donante carece de la facultad de destruir o alterar el efecto de la donación aceptada, esta aunque sea condicional hace adquirir de recho de inmediato.

De conformidad con el articulo 1270 del Código Civil Colombiano el testamento ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sinó por la revocación del testador.

Sin embargo los testamentos privilegiados caducan sin necesidad de revocación, en los casos previstos en la Ley. La revocación puede ser total o parcial.

Conviene, ante todo, advertir que nuestro código reconoce un sólo modo de revocar un testamento y es : La voluntad del testador manifestada claramente y distintamente en otro testamento; mientras que el derecho romano reconocían varias maneras de revocación.

Atendiendo los términos del artículo transcrito, podemos decir que los testamentos otorgados con el lleno de los requisitos para su validez, pueden quedar sin efecto en todo o en parte. En el todo, cuando el testador por medio de un testamento posterior dice que revoca el testamento que antes se había otorgado; y es parcial, cuando sólo se revoca alguna o algunas de sus cláusulas quedando vigentes las demás:

Es indispensable, dice el legislador, que el testador conserva 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 efectos.

Y el artículo 1261 agrega: El testamento solemne puede ser revocado en todo o en parte, por un testamento solemne o por un privilegiado.

Pero la revocación que existiese en un testamento privilegiado caducará en el testamento que la contiene y subsistirá a la anterior voluntad.

Con el fin de evitar fraudes y prevenir litigios ha querido la Ley que la revocación expresa se haga en instrumento público, como garantía de la seriedad y espontaneidad del acto. Además se observa en éste artículo no es menester que el testamento que contiene la re

vocación sea de la misma clase del testamento revocado; suficiente que aquel sea válido según su especie.

Si el testamento que revoca un testamento anterior al revocado a su vez, no revive por ésta revocación al primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria, artículo 1272 del C. C.C.

De manera que para realizar las reclamaciones de éste artículo se requiere que en el testamento que revoca el que revocó uno anterior, se hace alusión de las primitivas disposiciones testamentarias, no obstante, alguien sostiene, basta que el testador se limite a declararlo vigente y en toda su fuerza y vigor, sin necesidad de otra declaración basándose en que un testamento revocado no es un testamento nulo, no pierde su existencia material, no deja de ser un hecho cierto y efectivo. Agrega: lo que impide su ejecución no es una causa externa, a saber, el cambio de la voluntad del testador resultante de un acto posterior.

Otro carácter del testamento es el de ser un acto solemne es decir, rodeado de ciertos requisitos externos o formalidades que han de serlo necesario para probar en su día, la voluntad del testador de una manera auténtica siendo este carácter reconocido en todos los tiempos y por todas las legislaciones, para evitar en lo posible las suplantaciones de la voluntad. El testamento hecho con las solemnidades o formalidades establecidas en la Ley, vale durante toda la vida del testador cualquiera que pase desde su formación.

Mientras que no está revocado se presume que el testamento persevera en la misma voluntad.

El testamento según el artículo 1064 del C.C.C. es solemne y me nos solemne, testamento solemne es aquel en que se han observado todas las formalidades que la Ley ordinariamente requiere.

El menos solmene o privilegiado es aquel en que pueden omitirse alguna de éstas solemnidades por consideración o circunstancias particulares, determinadas expresamente por la Ley.

Las formalidades testamentarias tienen un carácter ad-solemnitatem y no ad-probationem. Por ello no basta que conocidamente la voluntad del testador o que resulta demostrada por los medios ordinarios de prueba, pues para la validez del testamento es preciso que la última voluntad esté expresada de la manera y con los requisitos que la misma ley establece.

Formalidades estas que tienen su fundamento en la necesidad, de proteger al interesado contra su propia irreflexión o precipitación y no quede expuesto a que se desvíe su verdadera voluntad por asechanzas de influencias ajenas y alejarse del valuarte que el legislador a querido crear en contra de falsedad y validez de disposiciones premeditadas y poco serias, de ahí su carácter de solemne que la da la Ley siempre que esté provisto de las formalidades establecidas por ella.

No ha querido la ley establecer diferencias en el contenido del testamento respecto a los conceptos de solemnes y menos solemnes, si nó las circunstancias especiales en que se encuentra el testador, como lo dice el artículo mencionado, determinadas expresamente por la Ley, es el caso del peligro inminente en la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne.

Según el artículo 2o. de la Ley 95 de 1.890, el acto testamentario en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente someterse el testamento, no tendrá valor alguno.

Estas solemnidades no son iguales para todos los casos, unas veces son más numerosas y exigentes y otras lo son menos, esto se observa en el precepto cuando dice : " El testamento es un acto más o menos solemne ".



La prueba de la observancia de las formalidades prescritas para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo y no de los otros actos probados por testigos, así por ejemplo, si el testamento no fué leído por el notario, o fué leído pero no estaban en ese momento presentes los testigos, o sólo estaban presentes dos, cualquiera de estas omisiones es irregular, desde luego que la ley manda que la lectura del testamento abierto se realice en un sólo acto sin solución de continuidad en presencia del testador y tres testigos. Mal podían por consiguiente suplirse por pruebas extrínsecas.

## V ELEMENTOS DE FONDO EN EL TESTAMENTO

### 1. LA CAPACIDAD

Siendo el testamento un acto jurídico, implica a la vez una relación jurídica, y por lo tanto, en ella ha de haber un sujeto activo y un sujeto pasivo, sólo que esa relación jurídica no nace, sino con la muerte del testador. Es indispensable, por lo mismo, que en primer término se determine de un modo claro la capacidad del sujeto activo.

El código sienta en su artículo 1061, una regla general, y es la que todos tienen la capacidad de testar, excepto aquellas personas a quienes la Ley se los prohíbe expresamente; así es que, para que una persona se le niegue el derecho de testar, es preciso constatar que ella se encuentre en algunos de los casos determinados en dicho artículo.

Estas causales de incapacidad son taxativas, de interpretación restrictiva, en consecuencia imposibles de extenderlas por analogía a casos no expresamente definidos.

Como se vé, nuestro código está diametralmente opuesto en lo que a capacidad se refiere con respecto al derecho romano, en que la *factio testamenti activa constitui* excepción, porque de ella no gozaban sino las personas a quienes le otorgaba la ley.

Al prohibir la ley a ciertas personas hacer testamento, no que otra cosa que asegurar con ello la voluntad expresada en el acto testamentario.

Los incapaces son personas que carecen de actitud fisiológica para prestar consentimiento. De aquí que el estudio de la capacidad no presenta sino diferencias de grados con el consentimiento.

La primera restricción de testar, es pues, la de la impubertad, o sea en aquellas personas que no han llegado a la pubertad, la cual está fijada en catorce años para el varón y doce para la mujer.

El código desde un comienzo, señaló la edad de la pubertad como la mínima de la testamentificación, siguiendo hasta las Siete Partidas que a su vez la tomaron del derecho romano.

Es muy cierto que la edad fijada por el código para testar difiere con la exigida en ciertos actos; mientras que la capacidad para obligarse es muy distinta.

Algunos comentadores parecen no estar conformes con respecto a la edad fijada por el código; quienes se preguntan: Que juicio, que discernimiento, que libertad tiene un menor a esa edad de lo que el testamento es, de los fines que éste envuelve?. Ni como apreciar ni aquilatar en tan temprana edad las afecciones que le ligan en ésta vida ni los fines que quiere cumplir.

Ante un Notario, un niño de 14 años, como va a desarrollarse ni desenvolver los fines que el testamento tiene?.

Si se analizan los códigos extranjeros, se verá, que estos, fijan, por regla general, la de 16 años, en cuyo período ya se tiene más desarrollo intelectual, y se comprende con más facilidad el acto importante que va a realizar. En consecuencia no se cree acertado, por las razones expuestas porque generalmente en esa edad es siempre fácil se ejerza sugerencias en los menores que difícilmente podrían probarse más tarde.

Otro dice lo siguiente: A pesar de todo, creemos que el código

exagera que la pubertad es un límite muy bajo. Algo se perdió de vista, la importancia del acto testamentario en sí, y mucho el interés de la familia, base de la sociedad, y aunque es cierto que las restricciones a la libertad de testar, las asimilaciones forzosas, eliminan la posibilidad de un gran atentado contra los intereses familiares, siempre subsiste razón para exigir mayor discernimiento. Repugna ver un niño de 14 años disponiendo de sus bienes para después de su muerte porque carece del equilibrio y seguridad del juicio que deben demandarse en quien testa. Los 18 años que propuso Bello, o por lo menos los 16 del código francés sin las restricciones que éste pone podrían poderse adoptado.

La segunda excepción del código al principio general a la capacidad de testar es: "el que se hallare por interdicción por causa de demencia", se entiende que cuando el testador tenga su inteligencia perturbada, no puede testar, y por lo tanto se refiere al loco.

Sin embargo, hay algunos que a pesar de no estar entre estos no pueden testar, como son los ebrios, los que padecen de fiebre delirante, etcétera, pero de todos ellos, como lo dice el código, en el momento de estarlo.

De manera que para apreciar esta capacidad se atenderá únicamente al estado en que se encuentre el testador en el acto que ordena sus disposiciones testamentarias.

Por último: " Todo el que dé palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente". Se comprende fácilmente que siendo el testamento acto de última voluntad, muy lógico es, que para que esto se pueda efectuar debe el que testa manifestar su determinación en la forma en que se repartan sus bienes al notario y a los testigos que solemnizan el acto, y la única manera de hacer esto, es por medio de la palabra o por escrito, ya que no es suficiente signo de afirmaciones.

Según el antiguo derecho, Justiniano concedió a los mudos la facultad de testar por escrito y a los sordos testar en la forma ordinaria. Sólo en aquellos sordos o mudos que lo fuesen de nacimiento que daron siempre incapacitados de hacer testamento.

Sordomudo, como el demente, pueden ser colocados en interdicción, pero la incapacidad del primero no es igual a la del segundo, porque la inhabilidad contemplada en el parágrafo 1o. del artículo 1504 del Código Civil Colombiano no se refiere al sordomudo que aprende a leer y a escribir, porque el sordomudo en estas condiciones, de ello recobra su capacidad plena, y es oído si pide se levante el entredicho.

De modo que el sordomudo aún estando vigente el decreto de interdicción, si sabe leer y escribir, al otorgar testamento, hace este válido.

Pero en cambio tratándose de un sordomudo atrasado mental como consecuencia de la deficiencia sensorial de su sordera, el sordomudo en estas circunstancias podría, entonces, la educación permitirle la educación adquirir el progreso necesario para tener vida civil, pero aún ateniéndose su capacidad general, en el sordomudo existiría siempre ancho fundamento para establecer la inhabilidad especial a la testamentación.

Por ser el testamento un acto de voluntariedad no se puede dejar al capricho o disfrazarla con la interpretación de signos o ademanes de las llamadas escuelas para sordomudos, y que servirían para expresar su voluntad en el testamento.

Así pues, que la norma que ordena, que el sordomudo y letrado muera intestado, permanecerá firme por estos tiempos.

Verificado el análisis de las prohibiciones que el artículo 1061 trae, conviene averiguar en que momento, en que tiempo a de existir la incapacidad para que el testamento no sea válido.

Nuestro código se ha distanciado del principio que inspiraba la legislación romana: distinta a la idea de la facultad de testar, distinto de los móviles del testador, no viendo, como el romano, en el testamento un acto público, sino privado, y no siendo ya legislador sino el propietario, el que dispone de sus bienes.

El derecho romano distinguía dos tiempos en lo que a testamento se refiere : el uno se relacionaba con el derecho; el otro con el ejercicio de ese mismo derecho. Para otorgar el testamento era indispensable, como dice un gran romanista, la atribución legal del derecho y la capacidad de ejercerlo; faltando una u otra, el testamento era nulo; Pero una vez válido el testamento podía cesar la capacidad del testador, como por volverse loco, y morir en ese estado, más no así respecto a la atribución legal del derecho; y como el testamento no se hace para que surta efecto en vida, sino después de la muerte del testador, de aquí que no era válido; esto es, no podía ejercerse ese derecho; y como el testamento, por la enfermedad sobrevenida después de otorgado.

Por último en el tiempo intermedio entre el en que se otorgaba testamento y la muerte del testador, había de ser este capaz; de aquí la regla general para regular la capacidad del testador, exigiéndose esta al otorgarse el testamento, al morir el testador y en el tiempo intermedio. La capacidad de ejercer derechos, continúa diciendo, no se exige sino en la primera de estas épocas, es decir, cuando se verifica la formación del acta; pero el derecho en sí mismo se exige en todos los tiempos, sin interrupción desde el testamento hasta la muerte.

Nuestro código establece como época para apreciar la capacidad del testador, al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento, y por consiguiente, si era capaz cuando se otorgó, aunque después sobrevenga una incapacidad, y bajo el influjo de esta muere, el testamento es válido; y por el contrario, el testamento, otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad, ya expresadas,, en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente

deje de existir causa.

Y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después de algunas de estas causas de inhabilidad, así lo predica el artículo 1062 del código civil colombiano.

VI SEGUNDO ELEMENTO DE FONDO - EL CONSENTIMIENTO

1. El segundo elemento o requisito de fondo es el consentimiento para que una persona se obligue, conviene observar, que no es lo mismo falta absoluta de consentimiento que consentimiento viciado. Hay lo primero, falta de consentimiento cuando este se presta por persona incapaz, sobre todo si lo son en absoluto. Hay lo segundo, consentimiento viciado, si este es de una persona capaz que no proceda libremente por error, fuerza o dolo.

Lo primero corresponde a la incapacidad, la que basta para anular o rescindir la respectiva obligación. Se trata pues, es de lo segundo es decir, saber cuando el consentimiento de una persona no lo obliga por proceder de error, fuerza o dolo, porque es necesario que el consentimiento se emita en una persona capaz en una forma consiente y libre, pues el acto no tiene el grado de voluntariedad requerido si el agente obra engañado o constreñido.

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son : error, fuerza, dolo según lo establecido en el artículo 1058 del Código Civil Colombiano.

Esto porque el consentimiento para ser válido exige el conocimiento, o porque se ignora la verdad de las cosas como en el error y el dolo o porque aunque se conocen carezca de libertad para resolver lo que se quiera como en la fuerza.

2. ERROR

El error consiste en creer verdadero lo que es falso.



SAVIGNY dice que el error es la falsa noción que tenemos de una cosa. Lo más grave del error es la ignorancia, que no es otra cosa que la falta absoluta de toda noción. En derecho los efectos de la ignorancia son, en general, los mismos que los de el error, que también puede decirse es la falta de conformidad entre la idea que tenemos de una cosa y la cosa misma.

El error puede referirse a los hechos que forman el lazo jurídico entre las partes, o la ley que los regula. Según jurisprudencia de la Corte "El error en materia jurídica puede ser de dos clases : de hecho y de derecho. El primero es la noción o creencia equivocada que uno tiene de que una cosa ha sucedido o nó; el segundo es la noción equivocada que uno tiene de las disposiciones de la Ley".

El error de derecho conforme al artículo 1509 del Código Civil Colombiano, sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

La doctrina del error en lo que se refiere al testamento es más sencilla que la que se refiere al los contratos. En lo que se refiere a los testamentos se resume a lo prescrito en el artículo 1117 del Código Civil Colombiano que dice : la asignatura que pereciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiere tenido lugar, se tendrá por nó escrita". La causa que es el motivo que induce al acto o contrato, y siendo un requisito de fondo, para la validez del testamento, se tratará más adelante.

El principio de nuestro código civil, acerca del error de derecho no es universalmente reconocido; así por ejemplo, el código francés no sienta regla general sobre el asunto, por lo cual la jurisprudencia acepta que ese error vicia el consentimiento en los mismos casos que lo viciaría si fuese error de hecho . Sabido es que en la misma legislación romana la ignorancia de la ley podía ser alegada por los menores, las mujeres y los militares. Pero la razón en que se fundamenta el principio de nuestro código, es muy lógico, porque se encamina a dar firmeza y se

uridad a los actos y contratos; porque si un error de derecho, es decir, la ignorancia de que exista una disposición legal o que se interprete como no debe ser, fuese motivo para prescindir de ello, es claro que los contratantes quedarían expuestos a litigios frecuentes pues nada más fácil que justificar errores de derecho. Estas consideraciones por ser de orden público mira al bienestar social y no al interés individual, que sería el caso de proteger al que ha incumplido lo pactado, por entender en una forma distinta a lo estipulado en la Ley, produciéndose en los juzgados congestiones por los negocios que no terminarían nunca.

De modo que, verificado un contrato, se cumplen según la Ley, aunque una de las partes sostenga que se equivocó en cuanto al derecho.

El error de hecho, como regla general sí determina el consentimiento, lo vicia, porque es de suponerse que éste no se habría dado sin intervenir el error, y puede referirse tanto a las cosas como a las personas.

Respecto de las cosas, según el artículo 1510 del código civil colombiano, "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, pero si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entiende vender cierta cosa determinada, y el comprador entiende comprar otra cosa.

En cuanto a la identidad de la cosa de que se trata la segunda parte de éste artículo, contiene una doctrina relacionada con el testamento y es el inciso primero del artículo 1117 del código civil colombiano que es del siguiente tenor; : "La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea clara que sin éste error no hubiere tenido lugar, no se tendrá por escrita".

Respecto a las personas a este error se refiere el artículo 1512 del código civil colombiano: "El error acerca de las personas con quién se tiene la intención de contratar, no vicia el consentimiento salvo que la consideración de ésta persona sea la causa principal del contrato".

El inciso primero de este artículo establece como regla general que el consentimiento no se vicia porque haya error en cuanto a la persona con quién se tiene intención de contratar. Esta regla es lógica, porque en el mayor número de casos se contrata teniendo en cuenta un resultado y no una persona. Así que lo mismo dá comprar una cosa a Guillermo que a Gilberto.

Sin embargo, esta regla tiene como excepción lógica también, el caso a que se refiere el mismo inciso primero citado, porque en este caso los contratos se celebran principalmente en consideración a la persona *intuitu personae*, es el caso relacionado con el testamento en que se mira la consideración de la persona como se ve claramente en el artículo 1116 del código civil colombiano que dice: "El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia el consentimiento, sino hubiese duda acerca de la persona".

La Corte ha hecho esta interesante aplicación: "Si el testador, en una de sus cláusulas testamentarias, instituye como único y universal heredero a su hijo natural, cuyo nombre dá y ha citado en otras cláusulas y añade: a quién de consiguiente reconoce como tal le confiere el beneficio legal del caso; el hecho de que sea nulo el reconocimiento del hijo natural por no ser de ésta calidad sino uterino, no le quita válidez a la institución como heredero. No puede arguirse que la cláusula es indivisible, y que si una parte es nula la otra debe seguir la misma suerte; ella consta 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.

### 3. LA FUERZA

La fuerza o violencia, consiste en vías de hechos contra una persona o en amenaza a ella para lograr su consentimiento que no quiere dar. Obra, pues, la violencia por el terror que inspira, viciando el consentimiento como es claro, la Ley no puede declarar válidos los actos y contratos a que se intervenga.

La violencia realmente no excluye el consentimiento, porque a quién contra quién se ejerce puede no consentir sufriendo el mal con que se le amenaza o exponiéndose a sufrirlo, pues generalmente la amenaza no es sino una intimidación. Si esto es así, es decir, si el amenazado elige entre dos males, y por tanto el acto o contrato se verifica, porque el consentimiento que le sirve de base esta profundamente viciado.

Es pues, justo que la Ley permita a la víctima de la violencia libertarse de la obligación que ésta le haya puesto .

Afirma la Ley que el testamento en que cualquier modo haya intervenido la fuerza es nulo . Pero cualquier clase de fuerza genera esta nulidad? Indudablemente que no, porque sería caer en el extremo de aniquilar acto importante por causas pueriles o bajas.

Suministra el derecho de las obligaciones una pauta para medir la fuerza bastante a dañar el consentimiento. "La fuerza no vicia el consentimiento, dice el artículo 1513 del código civil colombiano, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte a una persona de sano juicio, teniendo en cuenta su salud, edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes por un mal irreparable y grave. El temor reverencial esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quie

nes se deben sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento, artículo.1513 # 2° del código civil colombiano.

Las consecuencias de la fuerza que interviene en la testamentificación es más rigurosa que las causadas por ella en los contratos. En los testamentos no es posible des criminalar con certidumbre si la fuerza que medió para lograr ciertas cláusulas, tuvo incidencias en las otras, sobre quiere que el acto testamentario, sea nítido, espejo de la más libre expresión de la voluntad.

En los contratos la fuerza no origina nulidad absoluta sino relativa; el acto del forzado es susceptible de confirmación expresa, y aún de confirmación tácita.

#### 4. EL DOLO

Es el tercero de los vicios de que puede adolecer el consentimiento. Según Pothier se llama dolo toda clase de artificio de que se sirve una persona para engañar a otra. Esto demuestra la gravedad del dolo, porque es claro que quién da su consentimiento partiendo de ciertas bases, que luego resulta no ser verdaderas sino una maquina ción o artificio de que se sirve una persona para engañar a otra, esta parte no da un consentimiento libre, puesto que le falta conocimiento de la verdad. La Ley no puede autorizar el dolo que destruye la buena fé, la cual es indispensable para la armonía de la sociedad.

El inciso último del artículo 63 del código civil colombiano dice: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

48172

Es oportuno, conceptuar con respecto al testamento, ya que en lo referente a dolo en nuestra legislación no hay nada en especial que se refiera al testamento por ser éste un acto de tanta consideración con respecto a las demás manifestaciones de la voluntad. Sólo tangencialmente lo abarca , puesto que no hay lugar a distinguir en los tes

tamentos como en los demás contratos, si el dolo es de una de las partes o de un tercero; siempre, en consecuencia provendrá de un tercero; y el dolo más frecuente en el testamento es el proveniente de manio bras producidas sobre la voluntad débil de una persona induciéndola a efectuar una liberalidad testamentaria, que no siempre constituye causal de invalidez, sino cuando es resultado de maquinaciones destinadas a producir un error de los que vician el consentimiento.

Otras de las características del dolo es de no presumirse por ser la buena fé una calidad inherente a la conducta del hombre, y que la Ley parte del supuesto de que existe en los contratos, a menos de probarse lo contrario. Así es que quién se queja de dolo, debe probarlo por los medios que sean posibles, aún con declaración de testigos y con simples presunciones.

## 5. EL OBJETO

No basta que una persona sea capaz y que su consentimiento no adolezca de vicios para que se obligue respecto de otra, es, además necesario que su declaración de voluntad recaiga sobre un objeto lícito y que tenga causa lícita.

El objeto pues es la materia sobre lo que recae la obligación, luego sino recae sobre algo, le falta una cosa esencial para su existencia, pues la nada no puede dar consecuencias jurídicas.

El objeto, pues, en las asignaciones testamentarias versan o sobre la totalidad del patrimonio o sobre una cuota de ésta universalidad, en tal forma lo establece el artículo 1008 #1° del código civil colombiano;

"De la propia manera la persona del asignatario ha de ser determinada directamente o por lo menos determinable".

Las obligaciones se crean para ser ejecutadas, y no es posible ejecutar aquellas cuyo objeto se ignore; lo impide un obstáculo de

de hecho insuperable , y esta regla es de simple sentido común, el artículo 1518 del código civil colombiano requiere que el objeto de toda obligación sea determinado o determinable, dice : " no solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se esperan que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas a lo menos en cuanto a su género la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

No obstante, no es determinada la asignación de cuotas si el testador instituye un heredero si designarle cuota, con otros o a quienes si le designa .

Se dice que una cosa está fuera del comercio, o por su naturaleza, como el aire, el mar, o por su destinación como los bienes de uso público, o por que la requiere las buenas costumbres, tal como lo establece el artículo 1520 del código civil colombiano que dice : " el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aún cuando intervenga el consentimiento de la misma persona".

Las convenciones entre las personas que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título de las asignaciones forzosas .

## 6. LA CAUSA

Es la causa el último de los cuatro requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. Sobre

la causa de los actos no hay la claridad deseada.

La causa es el objeto inmediato y por consiguiente esencial que nos determina a contratar; el motivo que tenemos para obligarnos, pues nadie se compromete a dar, hacer o no hacer alguna razón sin razón, en suma la causa es el porque de una obligación de modo que ella se indica.

En sentencia de casación la Corte dijo: " Por causa se entiende el motivo inmediato que induce a las partes a contratar, es decir, que la causa de la obligación para el vendedor es la adquisición del precio de la cosa vendida, y para el comprador, la adquisición de dicha cosa; por eso respectivamente, los motivos inmediatos de los contratantes que tuvieron en cuenta para celebrar el contrato sin que deban tenerse en cuenta los motivos mediatos de la obligación de cada parte."

Dentro de los tratadistas anticausalistas, es PLANIOL quien ha combatido con fuerza la teoría de la causa considerada por él como falsa e inútil, considera Planiol que al querer distinguir la causa del motivo con respecto a una donación, no han encontrado más que la voluntad de donar, considerada de una manera completamente independiente de los motivos que la han hecho nacer, que una voluntad desprovista de motivos es nada . Para conocer la causa de una donación, ha de averiguarse porque lo hace el donante, y la respuesta ha de buscarse necesariamente en el espíritu del donante mismo, concepto este que está acorde con la definición que trae nuestro código civil en su artículo 1524 # 2º : se entiende por causa el motivo que induce al acto de contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Algunos causalistas modernos como COLIN, se identifica con Planiol en que la " intención liberal" no es lo que debe entenderse por causa.

En consecuencia, la causa de la libertad testamentaria es el mo



tivo impulsivo y determinante que tuvo el testador.

## VII DISTINTAS CLASES DE TESTAMENTOS

### 1. TESTAMENTOS ABIERTOS Y CERRADOS

Se dijo que los testamentos son siempre solemnes, pero no siempre, porque unas veces es más solemne que otras esto se vé claramente en el tenor del artículo 1064 del código civil colombiano que dice : " el testamento es solemne y menos solemne, testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas solemnidades, por consideración, circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley."

Esta peculiaridad de la solemnidad es exclusiva del derecho moderno y por ende de nuestra legislación , porque la del derecho romano era más que todo formalista ya que cada acto jurídico debía realizarse según el modelo establecido por el legislador.

Peculiaridad esta debida más que todo a economía de tiempo, porque la rapidez de las transacciones es incompatible con la lentitud de sujetar los actos específicamente a determinadas formalidades inadecuadas hoy en la época del progreso y del desarrollo.

Fluye la necesidad de abandonar fórmulas solemnes que si en un tiempo fueron rigurosas hoy pasan a ser arcaicas o impropias.

El testamento es abierto o cerrado; sigue diciendo el artículo " testamento abierto o nuncupativo es aquel en que el testador hace sabedor de sus disposiciones a los testigos y al notario cuando concurren; y testamento cerrado o secreto; es aquel en que no es neces

rio que los testigos y el notario tengan conocimiento de ello."

## 2. TESTAMENTO PUBLICO ANTE NOTARIO

Tanto el testamento público ante el notario como el de sin la presencia de este, son igualmente eficaces, como actos de disposición de última voluntad. Capaces de otorgar testamentos públicos son todas las personas que pueden hacerse entender en viva voz aunque no sepan leer ni escribir.

Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto mediante el cual el testador hace sabedor de sus disposiciones al notario y a los testigos, se traduce siempre en una ceremonia a la que asiste, testador, notario y los tres testigos. Ejecutada la presencia de estas personas, el notario dá lectura al testamento en alta voz de manera que todos la oigan, no es necesario que el disponente escriba por sí mismo, ni tampoco necesario que dicte; porque puede tenerlo escrito previamente, así lo estipula el parrafo 1° del artículo 1074 del código civil colombiano.

Esta lectura se realiza en un mismo acto continuo con respecto al tiempo y a las personas, por ser el testamento un acto indivisible, esto es, que un mismo notario y unos mismos testigos estén presentes y a la vista del testador; rompiendo la unidad del acto, en caso de cambio de algún testigo o comenzarse la lectura un día y terminar en otro o escucharse la lectura por un testigo y después por otro.

Es bastante, para saber que ha de constar bajo pena de nulidad del propio testamento, que los testigos vieron al testador, le oyeron dictar sus disposiciones o dralas por escrito al notario y a este leer selas de viva voz, y simultaneamente en su presencia, y que el testador se ratificó con ellas diciendo que eran sus últimas disposiciones, tal como estaban escritas.

Testamentos hubo que por haber el notario omitido la expresi3n de que los testigos " vieron al testador" , fueron atacados de nulidad dando lugar a pronunciamientos contradictorios en unos casos, negativos de tal pretensi3n, porque diciendose en las escrituras que ella fu3 leida a los otorgantes en presencia de los testigos, mal han podido estos escuchar su lectura sin ver al mismo tiempo al testador; y en otros afirmativos de ella por ser aquellas circunstancias solemne esencial a la v3lidez del testamento.

Traduciendo la firma con que las personas escriben sus escritos o los actos que otorgan no s3lo la autenticidad del manuscrito o del documento, sin3 su plena conformidad con su contenido, tanto que el reconocimiento judicial se hagan de ella, confiere al instrumento privado aquello que en ella aparezca el mismo valor que el instrumento p3blico, se explica la importancia que la firma del testador lleva, de los testigos y del notario tienen en el testamento.

Es la prueba de la aprobaci3n del primero, de haber sido 3l visto al tiempo que el notario le lea sus disposiciones de 3ltima voluntad y de haber escuchado su lectura por parte de los segundos, y de haber autorizado el acto con arreglo a derecho, de parte del tercero y dado que el testamento es todo formalmente indivisible, la omisi3n de la firma de cualquiera de los que intervienen en su otorgamiento, lo vicia de nulidad absoluta. M3s como esta materia no admite la presunci3n que al dictar sus 3ltimas voluntades haya el testador querido otorgar un acto vanos , ni los testigos a concurrir a la formaci3n de un acto inane, ni el notario a contar con ninguna responsabilidad por el da3o que por su culpa o negligencia sufrieren los instituidos, propende la ley a que todo contribuya m3s a la v3lidez del testamento que a su nulidad, raz3n por la cual que si de los tres testigos, dos de ellos no supiesen firmar ser3 bastante que uno por lo menos lo sepa hacer, supuesto en el cual, debe el notario expresar esta circunstancia en el testamento.

Condici3n esencial, es p3es, la de ser leido en alta voz, solemni

dad exigida por el derecho francés en su artículo 972 que preceptua: "Si el testamento es autorizado por dos notarios, debe ser dictado p por el testador, y debe ser escrito por uno de los notarios tal y co mo es dictado. Si no hubiese sido un notario debe igualmente serle dictado por el testador y ser escrito por este notario. En uno y otro caso deberá leérsele a este en presencia de los testigos. De todos estos detalles se hará mención expresa en el acto".

Del mismo tenor es el artículo 3658 del código argentino "Bajo pe na de nulidad, el testamento debe ser elido al testador en presencia de testigos que deben verlo".

Terminada la lectura del testamento en la forma dicha, debe fir marlo el testador, los tres testigos y finalmente el notario. Al res pecto del artículo 1075 del código civil colombiano dice: "Terminado el acto por las firmas del testador y testigos y por el notario si lo hubiere".

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

Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmara por él, y a ruego suyo expresandolo así.

Sobre la firma del testador en el testamento abierto ha dicho la Corte: "Los testamentos abiertos pueden ser válidamente firmados por el testador por firmas no enteras con tal que sean conocidos el nota rio y las demás personas que intervienen en su otorgamiento".

El espíritu de la ley que exige y no como indispensable, la fir ma del testador en el testamento, no puede ser otro que el de ese do cumento, que ha de producir sus efectos después de la muerte de aquel, lleve consigo una señal inequívoca de autenticidad. La causa por la cual la Corte admite como bastante esa firma deficiente es lo dispues to en el artículo 333 de la Ley 57 de 1887, para toda clase de escri

turas públicas.

Así lo explica la misma Corte cuando dice: " Al modificar el legislador las reglas del artículo 2595 del código civil colombiano que exigía en los documentos públicos las firmas enteras de los otorgantes y disponer en el artículo 333 de la Ley 57 de 1887 que bastarán en tal caso las firmas no enteras, tuvo en cuenta, entre otras consideraciones la de que los testadores que se hayan en tal estado de enfermedad que no puedan estampar su firma con la misma integridad y corrección con que acostumbraban firmar cuando gozaban de salud". El vocablo dice también la Corte Suprema, no es equivalente al de firma entera. El código civil exige en unas ocasiones que el acto se autorice con firma entera; en otras, sólo requiere las firmas sin agregar el calificativo de enteras.

Si estos vocablos fueran equivalentes, el calificativo de enteras redundarían en los casos en que los emplea la Ley, habría en estos una palabra inútil y así no ha de entenderse la ley.

### 3. TESTAMENTO PUBLICO ANTE TESTIGO

El testamento público ante notario, como se dijo anteriormente con la presencia de tres testigos, es la forma principal del testamento abierto nuncupativo o público; constituyéndose la forma subsidiaria en el testamento público ante testigos sin la presencia de notario.

Según el artículo 1071 del código civil colombiano, en los lugares en que no hubiera notario o en el que haga falta este funcionario podrá otorgarse el testamento solemne o nuncupativo ante cinco testigos que reúnan las cualidades exigidas en éste código.

Con respecto a la palabra lugares mencionada en dicho artículo, no debe entenderse como sinónimo de circuito de notaría, puesto que no habría lugar alguno donde pudiera otorgarse el nuncupativo frente

a testigos, la Ley quedaría sin efectos.

Otro aspecto importante de éste testamento es el relacionado con su publicación, ya que ésta publicación, tiende a convertir dicho testamento en instrumento público con todo el valor que la ley le reconoce y que sin la cual sería un simple instrumento privado; así lo proclama el artículo 1057 del código civil colombiano que es del siguiente tenor: " Si el testamento no ha sido otorgado ante notario si no ante cinco testigos, será necesario que se proceda a su publicación en la forma siguiente: El juez competente hará comparecer a los testigos que reconozcan su firma y la del testador.

Si uno o más de ellos no compareciere por ausencia u otro impedimento, bastará que los testigos instrumentales reconozcan la firma del testador, las suyas propias y la de los testigos ausentes.

En caso contrario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador, los testigos ausentes, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

Enseguida podrá el juez y su secretaria sus firmas en cada página del testamento, y después de haberlo el juez declarado testamento nuncupativo estampando su fecha, lo mandará a pasar con lo actuado al respectivo notario previo el correspondiente registro",

Los doctrinantes franceses enseñan a éste propósito de la omisión de la fecha con indicación precisa del día, del mes y del año de su otorgamiento, torna nulo el testamento, siquiera pueden ser enunciado por expresiones equivalentes a las del calendario, como por ejemplo, en el aniversario de la independencia de Cartagena, porque supuestas tales las fechas no sería incierta, cualquier enmienda que oscureciese la verdadera fecha, introduciría una incertidumbre capaz de entrañar la nulidad del acto.

Es importante el requisito formal de la fecha, porque permite

establecer en el supuesto de aparecer dos testamentos, cual de ellos deroga el anterior; lo mismo que se suscitasen dudas acerca de la capacidad del testador para otorgar su testamento, sería ellas despojadas por el día, mes y año en que lo hizo.

#### 4. TESTAMENTO CERRADO SECRETO

El testamento cerrado sobre el que legisla el artículo 1079 del código civil colombiano es a diferencia del abierto nuncupativo o público, exclusivo del que sepa leer y escribir. Es pues, el escrito esencial a la validez del testamento cerrado; no obstante lo cual no hace que el testador sepa escribir, es pues, el escrito esencial, con tal que sepa leer lo que otro por él y a su dictado haya escrito, como se puede ver en el parágrafo 6° del artículo 1780 del código civil colombiano que a la letra dice : " Si es testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno o algunos de los testigos no pudieren o no supieren hacerlo, de manera que en la cubierta aparezca siempre siete firmas: la del testador, la de los cinco testigos y la del notario".

Esta disposición traída del código francés, contentiva también en el derecho español y adaptada a nuestra legislación, es un poco inexacta, y hasta elemental; porque si el testador no sabe leer, mal podría verificar lo que a su dictado otro escribió por él, ni estar seguro de que el papel de que fuese portador para ser presentado al notario, es contentivo de sus últimas voluntades.

Esta actitud debe tenerla el testador en el momento de la presentación del testamento al notario y de la redacción del acta de suscripción. Nada importa que el testador haya leído el testamento o que el mismo lo haya escrito, sí en el momento de presentarlo al notario no lo puede leer.



No es preciso que el testamento cerrado esté escrito de puño y letra por el testador, puede ser mecanografiado o escrito por otra persona pero es imprescindible que sea firmado, so pena de nulidad.

Sobre la firma del testador ha dicho la Corte: " La firma del testador es solemnidad requerida para la validez del testamento cerrado. Si otra persona, por imposibilidad del testador, firma por él, no es el testador quien firma el testamento sino esa otra persona, aunque lo haga a nombre del primero y el testamento no será válido. Si la ley hubiera autorizar este procedimiento lo hubiera declarado expresamente como lo ha hecho en casos análogos".

" Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y a los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera de que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan ( salvo el caso del artículo siguiente ), que en aquella escritura se contiene su testamento. Los nulos podrán hacer esta declaración escribiendo la presencia del notario y la de los testigos". ( artículo 1080 # 1º del código civil colombiano.

Una vez que el notario haya recibido toda declaración de testador de viva voz y de manera que todos, tanto el notario como los testigos lo oigan procederá a escribir las circunstancias de haberse el testador en su sano juicio, el nombre como apellido y domicilio del testador y de los testigos y el lugar día y mes del otorgamiento.

Esta circunstancia debe revisarse en un acto continuo en que estén presentes las siete personas mencionadas sin ser interrumpidas o suspendidas para realizar otro acto; esto como medida de precaución contra las sustituciones fraudulentas del pliego a que el testamento cerrado puede estar expuesto si una vez comenzado el acto de suscripción le fuese dado al notario o a los testigos por salir de la sala en que se realiza la sesión, so pretexto de atender otros negocios, salvo el caso de los breves intervalos en que algún accidente así

lo exigiere.

No rompe tampoco la unidad del acto el hecho de que el testador hiciera en el momento del otorgamiento observaciones o ratificaciones de detalles, como el de retrasarse el otorgamiento a una hora anunciada, puesto que es acto complementario y no extraño al acto.

La reforma de la ley 36 de 1.931 con respecto a las primitivas formalidades, aumentó las formalidades del testamento cerrado incluyendo su contratación en escritura pública.

El artículo 1° de la mencionada ley dice: " inmediatamente después del acto en que el testador presenta al notario y a los testigos la escritura en que declare que se contiene su testamento, según el artículo 1080 del código civil colombiano se deberá extender una escritura pública en que conste el lugar, día y año de la constitución del testamento cerrado, el nombre y apellido del notario; el nombre y apellido, domicilio y vecindad del testador y cada uno de los testigos; la edad del otorgante, de las circunstancias de estar en su entero y cabal juicio, del lugar de su nacimiento y la nación a que pertenece además, de una relación pormenorizada de la calle, estado y la forma de los sellos, y descripción de las señales que como medio de seguridad contenga la cubierta.

Verificadas las diligencias anotadas el notario devolverá la escritura cerrada al testador; este la guardará o depositará en persona de su confianza a fin de que sea presentada al juez cuando muera y por tal testamento se rija su sucesión por causa de muerte.

Esto constituye una grave anomalía; por cuanto es posible que el mismo testador pierda el testamento, o a su muerte caiga en manos de personas inescrupulosas a quienes no conviene una sucesión testamentaria y, por tal motivo lo esconden o destruyen; o también porque la persona de confianza afirma que en vida, el mismo testador lo destruyó o simplemente que lo perdió sin su culpa.

Es posible que suceda también que alguien a sabiendas de que el testador destruyó el testamento sin haber dado noticias al notario ante quien se otorgó, falsifique una escritura y un sobre con sellos y firmas, como sucedió en el conocido caso de Daniel Arias Algae.

## 5. TESTAMENTO DE LOS QUE CARECEN DEL HABLA

Lógica consecuencia se desprende del artículo 1061 del código civil colombiano en lo referente a la habilidad para testar, con respecto al que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente; morir intestado, es el caso del mudo, el sordo, y todo a aquel que no puede darse a entender de palabra hablada como el extranjero que ignora al español.

Pero tratándose de estas mismas personas que sepan leer y escribir podrá testar conforme a las solemnidades del testamento cerrado, por no tener acceso al nuncupativo porque de viva voz no pueden transmitir pensamientos, así lo establece el artículo 1081 del código civil colombiano que a la letra dice: " Cuando el testador no pudiera entender o entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado.

El testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra testamento, o la equivalente en el idioma que prefiera y hará del mismo modo la designación de su persona expresando a lo menos nombre, apellido y domicilio, y la nación a que pertenece, y en lo demás se observará lo prevenido en el artículo precedente.

## 6. TESTAMENTO DEL CIEGO

Por no poder leer lo que escribe, el ciego está destinado por mandato de la ley, a expresar su última voluntad mediante el testamento cerrado por carecer de la aptitud de testar en otra forma.

No basta para el ciego saber leer o escribir o haber escrito el testamento en una época anterior a su ceguera, porque privado de la vista, mal podría asegurarse de no haberse engañado en la elección del papel, sobre todo si hubiere otorgado más de un testamento, hipótesis en la cual, imposible le sería imputar su identidad y ser inmune al error.

En nuestros días poco es lo que, por la enseñanza técnica de los institutos especializados para tales personas han alcanzado estos, es muy dudoso, de que el ciego al tiempo de la presentación del pliego al escribano y de la suscripción de acta pueda válidamente testar en forma correcta, púes por honorable que sea el notario y estricta la vigilancia por él ejercida para asegurarse de la regularidad del acto, imposible es descartar en absoluto que el ciego pueda ser víctima, como se dijo anteriormente, de artimañas interesadas a sustituir el pliego de lo que el dice haber escrito, fraudulentamente por otro introducido.

Tal vez, hayan sido estas consideraciones tomadas en cuenta por el legislador para no permitir el ciego testamento escrito, sino en la forma establecida por el artículo 1076 de código civil colombiano, que es del siguiente tenor : " El ciego sólo podrá testar nuncupativamente y ante notario o funcionario que haga las veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces, la primera por el notario o funcionario y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador, se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento.

### 7. TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO

En país extranjero podrá testarse siguiendo la forma de los testamentos solemnes de la ley positiva colombiana, acogiendo el principio general del derecho internacional público locus regit actus, que no es más que el valor reconocido a los actos jurídicos realizados por los extranjeros cuando se amoldan a las solemnidades externas exigidas por la ley del lugar donde se encuentran. Nuestra ley, hace la excep

ción a dichos principios en ciertos casos, en que por asuntos de orden público la ley exige instrumentos públicos en ciertos casos para prueba, que han de rendirse y producir efecto en asunto, que sólo atañen al Estado, por no ser las formalidades prescritas por la ley del otorgamiento suficiente.

Fuera de reconocer este principio, el valor de los actos jurídicos realizados por los extranjeros cuando se amoldan a las solemnidades externas exigidas por la ley del lugar donde se encuentran, tienen otro fundamento, cual es, el de considerar la forma prescrita por la ley extranjera, como las más idóneas, para garantizar la libre emisión de la voluntad declarada en el país donde impera, fuera de la utilidad evidente de facilitar la ejecución de los actos jurídicos, que pueden realizarse en situaciones en que el extranjero no esté en capacidad de reconocer las fórmulas establecidas por su ley natural, o en imposibilidad de ajustarse a esas formas.

Otra manera de poder un colombiano en país extranjero hacer valer su testamento en Colombia es sometiendo a las ritualidades presentadas en el código civil, en su artículo 1085 y que a la letra dice} " Valdrá así mismo, en los territorios el testamento otorgado en cualquiera de los Estados o en país extranjero, con tal que concurren los requisitos que van a expresarse:

- Que el testador sea colombiano, o que sí es extranjero, tenga domicilio en el territorio.
- Que sea autorizado por un ministro Diplomático de los Estados de Colombia o de una nación amiga, por un secretario de delegación que tenga título de tal expedido por el Presidente de la República o por un cónsul que tenga patente del mismo, pero no valdrá si él que la autoriza es un vicecónsul. El testamento se hará mención expresa del cargo, y de los referidos títulos y patentes.
- Que los testigos sean colombianos o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorga el testamento.
- Que se observen en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en los territorios.

ción de dichos principios en ciertos casos, en que por asuntos de orden público la ley exige instrumentos públicos en ciertos casos para prueba, que han de rendirse y producir efecto en asunto, que sólo atañen al Estado, por no ser las formalidades prescritas por la ley del otorgamiento suficiente.

Fuera de reconocer este principio, el valor de los actos jurídicos realizados por los extranjeros cuando se amoldan a las solemnidades externas exigidas por la ley del lugar donde se encuentren, tienen otro fundamento, cual es, el de considerar la forma prescrita por la ley extranjera, como la más idónea, para garantizar la libre emisión de la voluntad declarada en el país donde impera, fuera de la utilidad evidente de facilitar la ejecución de los actos jurídicos, que pueden realizarse en situaciones en que el extranjero no esté en capacidad de reconocer las fórmulas establecidas por su ley natural, o en imposibilidad de ajustarse a esas formas.

Otra manera de poder un colombiano en país extranjero hacer valer su testamento en Colombia es sometiendo a las ritualidades presentadas en el código civil, en su artículo 1085 y que a la letra dice : " Valdrá así mismo, en los territorios el testamento otorgado en cualquiera de los Estados o en país extranjero, con tal que concurren los requisitos que van a expresarse :

- Que el testador sea colombiano, o que si es extranjero, tenga domicilio en el territorio.
- Que sea autorizado por un Ministro Diplomático de Colombia o de una nación amiga, por un secretario de delegación que tenga 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 la autoriza es un vicecónsul. En el testamento se hará mención expresa del cargo y de los referidos títulos y patentes.
- Que los testigos sean colombianos o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorga el testamento.
- Que se observen en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en los territorios.



- Que el testamento que no haya sido otorgado ante un jefe de la legislación, lleve el visto bueno de éste jefe, sino lo hubiere; si el testamento fuere abierto, al pie, y si fuere cerrado, sobre la carátula; y que dicho jefe ponga su rúbrica al principio y al fin de cada página cuando el testamento fuere abierto .
- Que enseguida se remita por el jefe de legislación delegación si lo hubiera, y si no directamente por el cónsul, una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al secretario de Relaciones Exteriores de la República, y que abonando éste la firma del Jefe de delegación o la del Cónsul en su caso, pase la copia al Prefecto del territorio respectivo.

No contemplada en el código civil la hipótesis de ignorar el testador la lengua propia, nada obsta a que de éste se haga al margen de la escritura una versión al idioma en que fué dictado, cuando se dé la lectura de la traducción al testador.

En diversos fallos franceses han permitido que el disponente se valga de un interprete por él elegido cuando el Notario ignore su idioma.

#### 8. APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO OTORGADO EN EL EXTRANJERO

Quando se acoja a la fórmula locus regis actum y el testamento pasa por Escritura Pública (que la ley colombiana exige) dentro de las regulaciones de la Ley del país donde se otorga, nada impide que su apertura se instrumente en forma positiva para tales casos por la Ley del lugar.

Pero la cubierta que contiene el testamento así otorgada cuando no ha sido promovido su apertura; como también la cubierta del que se hallare ceñido a la Ley colombiana con la situación del Ministro Diplomático, Secretario de Delegación o Cónsul podrán presentarse ante éste con petición para su apertura y con aportación del acta de defunción

del testador, en cuyo caso se observarán las reglas del decreto 960 de 1.970 artículo 78, y si mediare oposición esta deberá dirimirla el juez colombiano competente para conocer del proceso de sucesión de conformidad con lo establecido en el artículo 551 y siguientes del código de procedimiento civil.

## 9. NULIDAD EXTERNA DE LOS TESTAMENTOS

Señalamos, dos clases de nulidad que pueden afectar con fuerza absoluta al testamento: las nulidades de fondo o internas, y las nulidades de forma o externas.

Entre las formalidades que la ley reclama para el testamento, cuya omisión genera nulidad absoluta, se encuentran no sólo aquellas que aparecen sometiendo el acto según su clase y forma sino también las que una vez cumplidas, deben mencionarse so pena de nulidad derivada de la ausencia de estipulación; desde el punto de vista probatorio se entiende que, el silencio respecto de la observancia de un determinado requisito constituye presunción de derecho de solución. Tal acontece con la formalidad de expresar la razón por la cual no firmó el testador (artículo 1075 n.º 2º); con la que pide indicar que otra persona firma por el testigo que no sabe o no puede hacerlo artículo 1075 n.º 3º; con la de describir la doble lectura dada al testamento de los ciegos, artículo 1076 ibidem, con la de mencionar que el testador que no puede entender o ser entendido de viva voz escribió la palabra testamento sobre la cubierta del cerrado que otorga, artículo 1081 n.º 2º; la prueba del cumplimiento de éstos requisitos emana del mismo testamento, y no es dable ocurrir a otros medios probatorios para demostrarlo.

Por el contrario la demostración del cumplimiento de los restantes requisitos, en los casos de que su observancia resulta fuera con vertida, puede alcanzarse a través de los diferentes medios establecidos de prueba en la Ley, sin que sean indispensable acudir al mismo texto del instrumento para tenerlos por cumplidos, de modo que si en



el mismo cuerpo del testamento no se dice , por ejemplo, que el notario leyó en voz alta el testamento, artículo 1074 del código civil colombiano, nada impide que los testigos instrumentales, y otros que asistieron al acto, y el notario, den fé sobre el hecho de su lectura total en el momento del otorgamiento. Y si se alcanzare plena prueba sobre este particular, el testamento no será invalidado aún cuando adolezca de silencio respecto del cumplimiento dado a este u otro requisito de forma.

10. EFECTOS DEL TESTAMENTO NULO

Bajo la presunción de válidez que acompaña al testamento una vez otorgado, este se pone en vigor a la muerte del testador, puede ocurrir que el tocado de nulidad externa no declarada, produzca efectos civiles que, después de pronunciada su nulidad logran prevalecer como obligaciones naturales carentes de acción y de excepción.

La ejecución del testamento que adolece de nulidad de forma autoriza al beneficiario para retener lo recibido, por ausencia de acción para que se le demande la restitución, según lo preceptuado.

## VIII TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS

### 1. CONCEPTO

Los testamentos privilegiados son aquellos en que pueden omitirse algunas de las formalidades, por consideración a circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley, ha querido el legislador facilitar el otorgamiento del testamento reduciendo al mínimo de las solemnidades, para evitar que el testamento privilegiado se convierta en un acto consensual, es decir, que conste en ellos la última voluntad, apartados del acopio de formas simples que le son esenciales.

El código civil reconoce tres clases de testamentos privilegiados que son : el militar , el verbal y el marítimo .

Ante tres testigos mayores de dieciocho años que vean, oigan y entiendan al testador, y que no hayan sufrido condenación a cuatro o más años de prisión, ni sean llamados a recibir asignación testada, es posible otorgar testamentos privilegiados cuando este no revista la forma cerrada. Se autoriza la intervención como funcionario a las personas que por su inmediación puedan hallarse presentes, y sólo se reclama de los testigos capacidad sensorial y síquica para que se den cuenta del acto. No operan , en cambio, la habilidad putativa con relación a los testigos en menos números; pero se pide conservar la unidad en el tiempo y en las personas.

### 2. TESTAMENTO VERBAL

Como testamento privilegiado necesita la presencia de tre testigos,

siendo estos, menos numerosos los impedimentos; claramente se aprecia en el artículo 1088 del código civil colombiano " En los testamentos privilegiados podrá servir de testigo toda persona de sano juicio hombres o mujeres, mayor de dieciocho años, que vea, oiga y entienda al testador y que no tenga la inhabilidad contemplada en el artículo 1068 n.º 8 del código civil colombiano. Se requerirá además para los testamentos privilegiados escritos, que el testador sepa leer y escribir

Bastará la habilidad putativa con arreglo a lo previsto en el artículo 1069 del código civil colombiano.

El numeral 8 del artículo antes mencionado es el siguiente : " Los condenados a algunas de las penas designadas en el artículo 315 #1 4º ( " cuando por una sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, se ha declarado al padre culpable de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión u otro de igual o mayor gravedad"), y en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos "

Con respecto a la habilidad putativa de que habla el mencionado artículo, es necesario, trazar un alto a grandes rasgos de lo que es ella.

La ley 9, título I, Partida VI, después de enumerar las personas incapacitadas para ser testigos, estatuye al fianl: si algunos de los testigos que se acercaron cuando se hizo algún testamento, andaba en aquella sazón por homo libre, maguer, después fuese fallado en verdad era cierto, nos embarga el testamento por esta razón .

Cuando uno de los testigos refutado como libre al tiempo de hacer el testamento, y aparece después que era esclavo, el testamento no se invalida por esta razón "

Por aplicación de tan antiguo principio fué también admitido en el derecho francés que la capacidad putativa suple a la real, como

excepción a la regla según la cual deban los testigos testamentarios bajo pena de nulidad, ser capaces, de modo que cuando con posterioridad a la promulgación del código de Napoleón la sostuvieron como doctrina sus exegetas más autorizados, se limitaron a reverdecer la máxima " Error communis facit ius " .

Traído de estos antecedentes es la habilidad putativa consagrada en el artículo 1069 del código civil colombiano, con respecto al testigo que en realidad es inhábil, pero por causal de todo ignoradas que dice que tiene habilidad putativa.

La capacidad de los testigos instrumentales a de apreciarse en el momento mismo del otorgamiento, pero la ley hace una concesión, cuyo fundamento descansa en la máxima "ya reverdecida por los exegetas franceses error communis factis jus, por la cual se permite y se conserva la validez del testamento, no obstante la verdadera incapacidad del testigo, si este tiene la posesión del estado de testigo hábil.

El testamento verbal no tendrá sino lugar en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que aparezca no haber modo de otorgar en testamento solemne, artículo 1092 del código civil colombiano, con respecto al concepto, de peligro inminente, el legislador no sólo ha requerido a situaciones o estados amenazantes en que se coloque el testador, como es el caso, de un ataque cardíaco, sino también en los casos de enfermedades muy graves, que coloquen al disponente en el peligro de muerte de tal magnitud, que parezca no haber modo ni tiempo de otorgar testamento solemne según el artículo 1092 del código civil colombiano.

Al respecto ha dicho la Corte: " El artículo 1092 del código civil colombiano no se refiere en forma tan severa y restringida al peligro de que habla para considerarlo en sí mismo a la luz de un análisis interior frío y ajeno, si no que se limita a exigir de que parezca no haber modo ni tiempo de otorgarse testamento solemne. De ahí que sorteando las dificultades de uno u otro orden, se requiere que aquello parezca, al principio tiempo fija un plazo de treinta días, pasados los cuales sin haber fallecido el testador el testamento verbal

no tendrá valor alguno, artículo 1093 del código civil colombiano.

La Corte refrenda el concepto expresamente en una de sus sentencias anteriores según el cual el artículo 1092 del código civil colombiano, no exige para que pueda procederse al otorgamiento del testamento verbal que no haya tiempo o modo de otorgar testamento solemne sino por la inminencia del peligro de muerte en que se halle el testador parezca que no haya como ni cuando extender este testamento".

La ejecución del testamento verbal no puede dejarse a la memoria de los testigos, por eso, es necesario formalizarlo conforme a lo ordenando en el artículo 1064 del código civil colombiano, citando el Juez a los interesados, residentes en el mismo circuito, tomarán de claraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigo instrumentales, y todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes:

- El nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a la que pertenecía; su edad, y las circunstancias que hicieron creer que su vida se hallaba en peligro inminente.
- El nombre, apellido de los testigos instrumentales, el lugar de su domicilio.
- El lugar, día, mes y año del otorgamiento.

Los testigos instrumentales depondrán sobre los puntos siguientes:

- Si el testador aprecia estar en su sano juicio.
- Si manifestó la intención de testar ante ellos.
- Sus declaraciones y disposiciones testamentarias, según lo establecido en el artículo 1095 del código civil colombiano.

La información de que hablan los artículos precedentes, serán remitidos al Juez del último domicilio, sino lo fuere el que ha recibido la información, y el Juez, si ha encontrado que se han observado las solemnidades, y que en la información aparece claramente la última vo

luntad del testador, fallará que según dicha información, el testador ha hecho declaración y disposiciones siguientes; mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto y que se protocolice como tal su decret.

No se miran declaraciones y disposiciones testamentarias, sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad es tuvieron conforme, artículo 1096 del código civil colombiano.

3. TESTAMENTO MILITAR

CLASSIS PROCINCTA, o simplemente PROSIMTUS, era el ejército dispuesto para el combate; de ahí la denominación de testamento improsuntus otorgado por el militar ante el ejército alistado en orden de batalla y ante el último auspicio de la victoria, o sea ante el pueblo reunido bajo bandera, excepcional o desprovisto de las solemnidades del testamento calais commitis, concluido como todos los actos principales del derecho romano bajo la garantía pública. No fué ni pudo ser un privilegio, porque el estado militar, no existía en esa época, ya que todo ciudadano era soldado y el derecho no tiene motivos para tratarlos más favorablemente estando con las armas que con las manos, sino un testamento hecho ante el pueblo, en trance de librar una batalla. El pueblo no tenía parte en el testamento sino a título de castigo. Con la sucesión de los años y la huida del tiempo esta forma de testar cayó en desuso en los tiempos de Cicerón, luego fué restablecido por César, eimitado éste por Tito, Dominiciano y otros.

Como se puede ver, el testamento militar resistió las adversas vicisitudes del tiempo y logró imponerse tanto en el antiguo derecho francés como en el medioeval de España.

El derecho moderno, vaciado en los moldes del código francés concibe y admite el testamento militar no como un privilegio de clase, sino como forma excepcional de testar fundada en una razón de necesi

dad, debido a las circunstancias especiales en que el testador pueda hayarse .

Así como casi todos los códigos contienen disposiciones reguladoras del testamento militar tal es el artículo 1098 del código civil colombiano que a la letra dice : " En tiempo de guerra el testamento militar, y de los demás individuos empleados en el cuerpo de tropas del territorio de la República, y así mismo el de los voluntarios rehenes y prisioneros, que pertenecieren a dicho cuerpo, y el de las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antes dicho, podrán ser recibidos por un capitán o por un intendente del ejército, comisario a auditor de guerra.

Si el que desea testar estuviere herido o enfermo podrá ser recibido su testamento por el capellán, médico cirujano que le asista; y si se hallare en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque sea de grado superior al capitán.

Por oposición al modelo francés aducido al paciente que está en un hospital, el nuestro omite toda referencia al sitio en que se halle. Indiferentemente será si que esté atendido en un hospital o en la camilla de una ambulancia, pues lo que en este caso se propone el legislador es ofrecer al paciente mayor facilidad de testar. Difiere igualmente de aquel en que el nuestro no exige que el médico cirujano sea asistido del comandante militar encargado de la policía del hospital, De donde viene por derecho francés pueda recibirse el testamento del enfermo o del herido sin la presencia de testigos, al paso que por la aplicación del artículo 1100 del código civil colombiano que dice : " Para testar militarmente será preciso hallarse en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o en campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada.

No se trata entonces en expedición que se puede hacer para una maniobra de mera instrucción o adiestramiento, será menester que la plaza esté sitiada, o las comunicaciones interrumpidas por el sitio, si quiera las hostilidades están momentáneamente suspendidas, y aún cuan

do el estado de sitio haya sido decretado por una revuelta interior y el testador sea de la guardia presidencial, ocasionalmente movilizado.

Los militares que hayan de emprender una expedición en tiempo de paz, bien pueden testar en la forma ordinaria antes de partir.

Si el testador falleciere antes de expirar los noventa días subsiguientes en que hubiese cesado con respecto a él, las circunstancias que habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiera sido otorgado en la forma ordinaria.

Si el testador sobreviviera a este plazo, caducará el testamento, artículo 1101 del código civil colombiano.

Para que el testamento militar valga es necesario que lleve al pie el visto bueno del jefe superior de la expedición o del comandante de la plaza, si no hubiere sido otorgado ante el mismo jefe o comandante, que haya rubricado el principio y fin de cada página por dicho jefe o comandante, y que la firma de este sea abonada por el secretario de guerra y marina de la República si el cuerpo de tropas estuviere al servicio de la nación, o por el secretario del prefecto del territorio si dicho cuerpo obrara en dicho territorio.

Para que este testamento sea incorporado en el protocolo de instrumentos públicos, el secretario del prefecto lo remitirá una vez cumplidas las formalidades legales al notario del último domicilio del testador y si este se ignora o no fué conocido, al notario de la capital de la territorialidad. La remisión se hará por conducto del Juez Superior respectivo.

El testamento militar puede ser también cerrado y las solemnidades son las mismas empleadas en el artículo 1080 del código civil colombiano, con la diferencia de que el notario es reemplazado por el capitán u otro oficial de mayor guarnición o antigüedad.



#### 4. TESTAMENTO MARITIMO

Tan antiguo como el testamento militar es el marítimo, así llamado por ser el que se otorga en el curso de la navegación marítima o fluvial a bordo de un navío de guerra o barco mercante de bandera nacional y autorizado por el comandante militar del buque, o del capitán, o en su defecto del piloto del barco.

Tan expuestos a riesgos de navegación, como es la guerra, mucho más en la antigüedad que en nuestros días, comprendieron bien pronto los romanos que sería injusto privar a oficiales y marineros de un barco que navega del derecho de testar en forma especial a pretexto de poderlo hacer o haberlo podido hacer en una de las formas ordinarias, antes de embarcarse.

Fundados sin duda en esta consideración, extendieron los romanos los privilegios del testamento militar al testamento marítimo.

Bajo Luis XIV fueron dictados las ordenanzas de 1.689 y 1.681, la primera destinada a extender el testamento militar a los marinos de guerra y permitirles disponer de la universalidad de sus bienes; y la segunda a procurar beneficio igual al testamento de las personas embarcadas en buques mercantes, pero sólo para disponer de su equipaje y del sueldo que se les adeuda.

Fueron desde el primer momento determinados a otorgar prerrogativas excepcionales a la gente de mar en materia de testamento. Las grandes ciudades marítimas de casi toda la Europa Occidental.

Con estos antecedentes legales el código nuestro, ya sea a bordo de un buque colombiano de guerra de altamar, ya en los buques mercantes bajo bandera colombiana, podrá sólo testarse en la forma prescrita en el artículo 1005 del código civil colombiano que es del siguiente tenor : " Se podrá otorgar testamento marítimo a bordo de un buque colombiano de guerra de guerra en altamar.

Será recibido por el comandante o por su segundo en presencia de tres testigos.

Si el testador no supiere leer o nó pudiere firmar, se expresará esta circunstancia en el testamento. Se extenderá un duplicado del testamento con las mismas firmas que el original.

El testamento se guerdará entre los papeles más importantes de la nave, y se dará noticia de su otorgamiento en el diario de la nave, artículo 1106 del código civil colombiano.

Admitiendose la omisión de ciertos requisitos de formas con respecto al testamento marítimo, , en consideración a la imposibilidad de otorgarlo en plena navegación ante un notario, la misma ley ordena su protocolización al tenor del artículo 1107 del código civil colombiano que al tenor dice : " Si el buque antes de volver a los puertos colombianos, arribase a un puerto extranjero, en que haya un agente diplomático o consular colombiano, el comandante entregará a este agente un ejemplar del testamento, exigiéndolo recibo y poniendo nota de ella en el diario, a ffn de que pueda surtirse los efectos y requisitos de que se trata en los incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 1085 y en el artículo 1086 del código civil colombiano.

Si el buque llegare antes a Colombia, se enviará dicho ejemplar con las debidas seguridades al poder ejecutivo nacional para que puedan surtirse los mismos efectos expresados en el inciso anterior.

IX. REGLAS GENERALES SOBRE ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

1. ASIGNACIONES E INHABILIDADES

La ley crea ciertas incapacidades que priva a ciertas personas de recibir designaciones testamentarias en determinadas sucesiones. Estas incapacidades o inhabilidades traen como consecuencia que si el inhábil para suceder por testamento aparece instituido por el único heredero, la herencia pase a los herederos abintestados que si no es único heredero, a su asignación lo es a título singular, lo asignado pase a quién sean llamados por la ley, o por el testamento en forma indirecta, al recibir. No tendrá efecto, por causa de inhabilidad, la disposición directa del testador.

Las asignaciones surgidas del testamento son, en razón de su título universal o a título universal ( herencia) o singulares (legados) en razón de la persona del asignado, voluntarias: a favor del extraño; o forzosa: a favor de legitimario; en razón de su forma puras y simples están exentas de gravamen o modales que son las que estan afectadas de carga.

2. ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL O SINGULAR

Como lo indica el artículo 1124 del código civil colombiano: "Todas las asignaciones deberán ser, o a título universal o a título singular, o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de género y cantidades que igualmente o sean o puedan serlo. De otra manera se tendrán por no escrita."

Si fuera lo primero, puede las asignación comprender todo el patrimonio del difunto, o una cuota del patrimonio; y si fuere lo segundo, puede comprender una o más especies o cuerpo cierto, o cierta cantidad determinada de cierto género. Estas dos categorías, especies. y género, se comprenden todo lo que puede ser materia de asignación particular porque la cantidad es un género determinado por el número.

Don Andrés Bello consigna estos ejemplos:

"Cuota, vervigracia, la tercera de mis bienes, especie, vervigracia, una casa situada en tal parte, cantidad, mil pesos, género, una colección de obras de Gincencio. Nótese que la palabra especie tiene en las leyes y en los foros una significación muy diversa de la que suele darle en el lenguaje común. Esto denota una colección de individuos de la especie humana. Como voz técnica de jurisprudencia, significa una cosa o negocio individual".

El testador deberá indicar si lo asignado es todo el patrimonio o una cuota parte del patrimonio, y entonces el asignatario será here dero no importa las palabras con que se designe, así lo establece el artículo 1011 del código civil colombiano, de cierto modo, si o asigna do es una especie o cuerpo cierto, o un cuerpo determinado de ciertos géneros, o cierta cantidad de un género, y entonces el asignatario será legatario, pese a las palabras con que se le designe, artículo 1011 del código civil colombiano, bastará para determinado lo asignado, las indicaciones que claramente establezcan en que consisten.

### 3. DESIGNACION DEL ASIGNATARIO

La estipulación que el testador hace en su testamento, a favor de su asignatario, crea una relación jurídica entre el disponente y el beneficiario. En consecuencia para su perfeccionamiento y desarrollo debe tenerse el sujeto pasivo de la relación causante-causahabiente a través de la individualización de éste.

La ley exige que " todo asignatario sea persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones clara" artículo 1113 del código civil colombiano. Cuando lo estipulado en el testamento no permite determinar el asignatario, ya que poruqe el disponente no tuvo idea cierta sobre la persona de su causahabiente (persona incierta) o quizás porque no acertó a describirla de manera que pueda distinguirse de otra (persona indeterminada), la estipulación carece de eficacia.

No es determinable, por ejemplo, la desilusión concebida en términos que no permiten conocer a cual de las dos personas se refiere el testador, artículo 1123 del código civil colombiano, bien porque aparecen varias con el mismo nombre y no es posible descartarla a través de indicaciones del testamento de manera de conocer la identidad del beneficiario, o por otra circunstancia.

Tanto la incertidumbre como en la indeterminación inválidan la asignación, aún cuando obedece a razones diferentes. La primera es de orden subjetivo porque el testador no tuvo idea clara de la persona que designaba como causahabiente, no tuvo certidumbre respecto de ella; la segunda es de orden objetivo, porque son los terceros quienes no lo gran conocer el asignatario sin término de duda, carecen de certidumbre sobre su identidad.

La determinación puede ser directa e indirecta. Es directa cuando en el testamento solamente se menciona su nombre y su apellido; y es indirecta cuando en el testamento se dictan datos que solamente por su claridad permiten conocerlo. Ejemplo de determinación indirecta pueden ser: El hijo de A que se case con B; o simplemente el hijo de A y B cuando sólo existe uno.

Determinar el asignatario es función privativa del testador por que la facultad de testar es indelegable a diferencia, artículo 1060 del código civil colombiano, la designación del beneficiario reservada al testador, no puede confiarse al arbitrio ajeno.

#### 4. DESIGNACION DE PERSONAS FUTURAS

No obstante el rigor anteriormente expresado, la ley permite estipular en favor de personas que no existen pero se esperan que ad vengan dentro de los veinte años que siguen a la apertura de la su cesión. Igualmente a favor de quienes presenten un servicio favorable a la comunidad aún a quienes los presten no haya existido al momento artículo 1019 del código civil colombiano.

Para suceder se requiere al momento que se defiere la asignación, es decir en el momento en que el derecho se fija en el asigantario lla mado a suceder; y es incapaz para suceder quien no existe en aquel mo mento. Pero la estipulación hecha a favor de quién pueda llegar a exis tir antes de que pasen veinte años es válida, cuando se reunen las ca racterísticas de su determinación; estipular a favor de un descendien te que se espera que exista, aún cuando su progenitores aún no hayan contraído matrimonio. Es posible. Ejemplo: A favor del primogénito que llegare a nacer a mi hijo A y también es válida la asignación he cha a favor de quién realizare determinado servicio aún cuando tal servicio no se hubiese prestado aún Ejemplo: A favor de quién descubri era la vacuna contra el cáncer.

En éste orden de ideas es posible determinar un patrimonio, es decir designar una herencia o un legado, para la elección de una per sona jurídica futura; que no existe pero a cuyo surgimiento y organi zación como persona de derecho se propende mediante la asignación, con tal que se le determine en sus fines y objetivos y se logre, por lo demás, su constitución legal antes de precluir los veinte años de la muerte del testador.

ε

#### 5. DESIGNACIONES ERRONEAS E ILEGAL

El error en el nombre o en la calidad de asignatario no vicia la

asignación sino hubiere duda acerca de la persona Ejemplo: Asigno a Juan, hijo de Juana y de José; no puede existir duda sobre la persona del beneficiario, es decir sobre su identidad, cuando se hubiere erra do su nombre, si los progenitores correctamente nombrado sólo son pa dres de un hijo llamado Santiago. Pero es ilegal la asignación dada a conocer por las solas palabras sí o no, o por una señal de afirma ción o de legación respondiendo a una pregunta, artículo 1118 del có digo civil colombiano; ocurre esto cuando un escribano redacta el tes tamento abierto y el testador, al ser interrogado sobre su contenido, responde simplemente con los monoslabos sí, o no, o con una señal en el mismo sentido.

6. EXCEPCIONES DEL ARTICULO 1113 DEL CODIGO CIVIL COLOMBIANO

Con razón de los fines con que se designan los bienes, en el pri mer caso; y por razón de la persona del beneficiario, en el segundo caso, la ley establece las siguientes excepciones a lo dispuesto como norma general a lo dispuesto en el artículo 1113 del código civil co lombiano.

La excepción.- Todo bien benéfico está patrocinado por la ley, que para estos casos tienen por válidas las liberalidades que buscan un fin de mejoramiento para la comunidad, aún cuando no se destinen a determinadas personas. Si se asignare en favor de un establecimien to de beneficencia, sin designarlo, se entenderá dado al establecimi ento de beneficencia que el alcalde elija, preferiblemente a uno de la vecindad o residencia del testador; si se asignara al alma del tes tador, sin especificar el modo de hacer la inversión se entenderá de jando a un establecimiento de beneficencia del modo antes indicado; y si se asignare a favor de los pobres, sin detrmnar el modo de dis tribuirlo, se aplicará al establecimiento público de beneficencia que exista en el lugar del domicilio del testador, y si no lo hubiere se dará al mas inmediato que hubiere a dicho domicilio salvo estipula ción expresa en contrario, artículo 1113 del código civil colombiano.

De análogo tenor es el artículo 1124 del código civil colombiano. En cuanto se refiere al objeto materia de la asignación benéfica, "expresado en el testamento, sin determinar la cuota, cantidad o especie que hayan de invertirse en él" dispone la norma que "valdrá la asignación y se determinará la cuota, cantidad o especie, habida consideración a la naturaleza del objeto, a las otras disposiciones del testador y a la fuerza del patrimonio, en la parte de que el testador pudo disponer libremente."

La intención generosa del testador, implícitamente recogida en su estipulación que omite un nombre específico o calla la cuota o cantidad que ha de aplicarse para tener un propósito benéfico, se asegura en su ejecución por este medio ejecutivo que da al juez el encargado de determinar la persona o personas beneficiada con la liberalidad y el de fijar el monto o cosa destinada para tal fin.

2a excepción.- Las estipulaciones hechas a favor de los parientes sin indicar cuales, se estiman válidamente instituidas, por excepción al principio general pero en consonancia con el criterio que gobierna el derecho de los parientes a heredar. Se aplican en estos casos en sucesión testada, las reglas fijadas por el particular para la excepción abintestato cuando consultan los vínculos del parentesco; tienen entrada aquí en derecho de representación que es instituto propio de la sucesión intestada.

Para interpretar la voluntad del testador se tendrá en cuenta lo siguiente:

-Si a la fecha en que se otorgó el testamento a favor de "los parientes" sólo existían uno del grado más próximo, con él se tendrá por llamados a suceder los parientes de grado inmediatamente siguiente de manera que se logre pluralidad de beneficiarios. La disposición legal es afortunada cuando aspira a tener un número plural de parientes; pero a debido remitirse al momento de la apertura de la sucesión y no al día del testamento, porque las disposiciones las dicta el testador para que tengan efecto después de su muerte.



C O N C L U S I O N E S

Respecto a la materia que acabamos de estudiar podemos extraer las siguientes conclusiones:

El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes, para que esta disposición se cumpla después de su muerte, conservando mientras viva la facultad de renovarla.

Que ha sido el derecho moderno, por economía de tiempo, y por exigirlo así el progreso de la sociedad moderna, quien ha reducido a su mínima expresión las solemnidades testamentarias, rescatando el testamento del demasiado formulismo a que fué sometido por el derecho antiguo en el que todo acto jurídico debía realizarse por el modelo preestablecido por el legislador. El testamento pues, en dicho derecho podía contener cosas distintas a la disposición de heredero, no obstante responder las necesidades de carácter religioso, y sin que la institución de heredero fuese esencial a su validez.

48172

Que el derecho colombiano se ha plegado a la concepción moderna del testamento como acto de disposición revocable de todo o parte del patrimonio que sólo ha de tener eficacia a la muerte del disponente.

Que el legislador colombiano con miras a facilitar el otorgamiento del testamento en circunstancias ordinarias, y en circunstancias ajenas a la voluntad del testador ha establecido el testamento solemne y el menos solemne. Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley positiva requiere; el menos solemne o privilegiado es aquel en que puede omitirse alguna de estas solemnidades, por consideración a las circunstancias particulares

determinadas expresamente por la ley.

Que estas solemnidades tienden a que el testamento, considerado como el acto jurídico de una sólo persona, y el más importante dentro de los actos de su especie, como la aceptación y la repudiación de la herencia, asegura la perfecta espontaneidad de las disposiciones hechas por el testador, a su irreflexión, y a posibles atentados de los intereses del causante.

Que siendo los privilegiados o menos solemnes, menos complicados en su ritualidad excepcionalmente sólo se recurre a ellos cuando el testador está imposibilitado a recurrir en las formas ordinarias, o solemnes; testamento nuncupativo o público, y testamento cerrado. Tal es el caso en que se coloca el militar en expedición de guerra, a quién corresponde testar conforme al testamento para su clase; el verbal, en los casos de peligro tan inminentes en la vida del testador que parezca no haber modo o tiempo de otorgar el testamento solemne; el marítimo, autorizado exclusivamente en buques de guerra colombiano y en buques de mercancías.

A nuestro juicio la institución del testamento es una figura de transcendental importancia en la vida del hombre, ya que no es otra cosa que el instrumento legal mediante el cual el hombre puede disponer de determinadas cosas siguiendo determinaciones de su conciencia. Esta figura jurídica tiene indudablemente un fundamento natural .



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
Facultad de Ciencias  
Universidad de Cartagena

B I B L I O G R A F I A

LA CIUDAD ANTIGUA  
DE COLNGES, FOUSTEL.-Numa Dionosio- 1830 - 1889.-Buenos Aires  
Argentina, EMECE.-1945, 540 pag.-

TRATADO DE DERECHO HEREDITARIO  
GASPARI, LUIS de.-Editorial Tea .- Buenos Aires, 1953

DERECHO SUCESORIO  
JIMENEZ Z, PIO S.- TEMIS.- Bogotá, 1956

CURSO DE DERECHO SUCESORAL - LAS SUCESIONES-  
RAMIREZ FUERTE, ROBERTO.-Colección Pequeño Foro.-Bogotá.-1983

TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO  
RIZZI, MIGUEL ANGEL.-Jesús Meléndez.-Buenos Aires.-1936

CODIGO CIVIL COLOMBIANO  
ORTEGA TORRES, JORGE.- TEMIS.- Bogotá.-1979.-13a Edición.-

DERECHO CIVIL - SUCESIONES -  
VALENCIA ZEA, ARTURO.- TEMIS.-Bogotá.-3a Edición.-1979

DERECHO CIVIL COLOMBIANO  
VELEZ, FERNANDO.-París.-París América.-2a Edición.-1935.-Tomo 9