

T.-D
194

1

DEDICATORIA.

A mi MADRE, por todos sus Desvelos.

A mis HERMANOS:

Alfonso
Adela
Emilio
Viryam
Lilina

S C I B
00018185

A mi ESPOSA.

Martha.

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE; DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Tema:

" DEL TRATAMIENTO EN GENERAL "

Tesis Presentada Por:

JAIPO DE JESUS ARROYO RODRIGUEZ.

Cartagena, Mayo 1.979.-

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

DIRECTIVOS:

Rector: JUAN H. ARRIETA

Decano: JUAN GOMEZ CIBRENE

Secretario Académico: PEDRO MAJIA HERRANDEZ.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLITICAS.

Presidente de Tesis: Dr. JUAN ROYERO JUJUEZ

Presidente Honorario: VIRGILIO TERESA VICIOS GOMEZ

Primer Examinador: Doctora: CARMEN VILLAN

Segundo Examinador: Dr. RAUL H. BARRIO

Tercer Examinador:

R E G L A M E N T O

" La Facultad de Derecho no aprueba ni desaprueba los conceptos emitidos en las Tesis, tales conceptos se — consideran propios de sus autores" (Artículo 83).

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

El estudio del derecho de disposición que tienen las personas sobre su patrimonio y bienes, ofrece, dentro del marco de la legislación universal muy singulares aspectos, de los cuales no es ajena la nuestra. Así, hasta dar una hojeada por los diferentes títulos del Código Civil para entenderlo.

En vida, la persona puede, por regla general, disponer en forma absoluta de sus bienes, respetando lógicamente algunas cargas que la misma ley, en circunstancias especiales le impone.

Sin embargo, hay un fenómeno muy especial, realizado o realizable en vida de la persona, pero para surtir efectos con posterioridad al momento de su muerte. Es el testamento, definido en nuestro ordenamiento jurídico sustancial, como "Un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga plenos efectos después de sus días, conservando la potestad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras vivía".

Al iniciar mis investigaciones acerca del trabajo que debía realizar para presentarlo como Tesis de Grado, encontré en esta figura jurídica el testamento una serie de factores que me llamaron la atención, al punto que lo escogí, y fui, paso a paso, elaborándolo y es el que hoy presento a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, con la esperanza de haber cumplido, satisfactoriamente, ese deber que en ocasiones es motivo de enorgullecimiento para el egresado.

Y es que, muy a pesar del poco uso que hacen las personas del derecho de Testar, no deja por ellos de revestir importancia suma, e incluso serviría, si se usara más regularmente, para evitar disparejadas posteriores entre los herederos, tan común en nuestro medio. En efecto, la ULTIMA VOLUNTAD del padre, la madre o de cualquier familiar, impone por el cierto respeto, una obligatoriedad mayor que la normal, precisamente por venir de un ser querido.

Y que decir de las repercusiones que el testamento tiene; todo ello hemos querido dejarlo plasmado en el trabajo. Tocca ahora a los calificadores del trabajo decir la última palabra, la cual esperamos sea favorable, muy a pesar de no ser éste un tratado sobre la materia.

CAPITULO PRIMERO.

DEL TESTAMENTO

ORIGEN.-

El derecho de testar, es decir, de disponer de los bienes tras la muerte para transferirlo a otro que no fuera el heredero natural, estaba en oposición con las creencias-religiosas, que eran el fundamento del derecho de propiedad y del derecho de sucesión. Siendo la propiedad inherente al culto, y siendo este hereditario. Se podía pensar en el Testamento? por otra parte, la propiedad no pertenecía al individuo, sino a la familia, pues el hombre no la había adquirido con el derecho del trabajo, sino por el culto doméstico que unida la familia, transmitirse del muerto al vivo, - no según la voluntad y la elección del muerto, sino en virtud de reglas superiores que la religión había establecido.

La Doctrina tradicional dice que en el antiguo derecho Indú, no se conocía el testamento, el derecho Atenien se lo prohibía de un modo absoluto hasta Solón, y a un este mismo no le permitió más que a quienes no dejaban hijos legítimos.

El testamento estuvo prohibido e ignorado largo -- tiempo, en Esparta, y solo se autorizó con posterioridad a la Guerra del Pelóponeso.

Se ha conservado el recuerdo de un tiempo en que -- sucedía lo mismo en Corinto y en Tebas. En Roma, cuna del -- Derecho y modelo de nuestra legislación, se creó la instity -- ción testamentaria mucho antes de la Doce 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.

ETIMOLOGIA.-

Acerca de la Etimología de esta palabra discutiose por los autores. Según Servicio Sulpicio de quien lo tomó Justiniano, seguido por Alfonso el Sabio en las partidas procede del latín Testatio Mentis, en sentido de testimonio de la voluntad, Etimología que hizo fortuna por relacionarse con la definición de Ulpiano; Mentis Contestario; pero como observa Giraud, esta etimología es un mero juego de palabra. Más valor tiene la de Testigos Mentis, que se apoya ya 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.

EVOLUCION.-

El Testamento no se muestra hasta que aparece la facultad de testar, y no nace de golpe tal 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 no tuviera herederos necesarios, para que los bienes no quedasen abandonados era natural que se crease un heredero. Más adelante se distinguió entre la propiedad de la familia y las cosas propias del jefe de esta (RES SUAM), admitíase la facultad de disponer de estas para después de la muerte.

La transformación de la propiedad en 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 él 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 los cuales el testamento se derivó por un proceso evolutivo. Estas instituciones fueron:

1o.- La creación de un parentesco artificial o legal por medio de la adopción que otorgaba al adoptado el carácter de heredero (Grecia, India, Egipto, Persia, Irlanda, China y pueblos primitivos de América).

2o.- Un género de adopción especial, para el solo efecto de establecer heredero, sin modificar el estado de la familia de este (Derecho Sábico, Rituario, Lombardo, etc) .

3o.- Designación de un intermedio que recibía los bienes en vida del testador con el encargo de transmitirlo después de la muerte de este a otra persona (Derecho Romano Hebreo, Musulman, etc).

4o.- Generalidades de cosas particulares, no recayendo sobre el conjunto del patrimonio, que por costumbre podía ser el jefe de la familia al morir ordenándolo al heredero que la realizase (Derecho Judío, Indigna en la Alta Edad Media).

5o.- Contrato con Alcance Sucesorio (Interdonaciones de la Edad Media y donaciones reservatos Usufructus). Como se ve, la idea fundamental del testamento aparece desde antiguo en todos los pueblos hasta el punto de que aun en aquellos en que la propiedad era más rigurosamente familiar existía la tendencia de disponer el jefe de la familia de los bienes de algún modo. Así, dentro de los Hebreos a pesar de la institución del juvileo que tendía, a conser-

var los bienes de la familia, por lo cual cada 50 años volvía a la que habían sido atribuidas, en el primer reparto - del padre de familia, podía durante su vida hacer la distribución, como en 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 luego diseñada es en Roma, que fué también la que la perfeccionó, hasta el punto de servir de modelo a las legislaciones posteriores, que lo heredaron de ella.

CONCEPTO.-

El testamento puede definirse como la "La declaración que de su última voluntad hace persona disponiendo de sus bienes y asuntos que le atañen, para después de su muerte".

De donde se desprende que el testamento es a la vez acto jurídico y manifestación de la voluntad, y no se limita a la disposición de bienes, pues versa también y puede versar sobre las obligaciones y derecho transmisibles del testador. Siempre y en todas partes se admitió y admite que el que carece de bienes puede ordenar su voluntad para después de la muerte adoptando ciertas disposiciones, como el reconocimiento de un hijo legítimo o el nombramiento de un tutor.

CARACTERÍSTICAS.-

Es un acto Mortis Causa, pues no surte efecto alguno hasta después del fallecimiento del testador, no confiriendo derecho alguno actual al designado en el como sucesor (Que hasta puede ignorar esta designación), sino solo --

una mera expectativa. Es Unilateral, pues no contiene más que la declaración de una voluntad de una persona. (Pues aunque haya existido los testamentos llamados conjuntos y Demancomón, esto no se opone al carácter de quien 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 esencialmente variable y el testamento acto unilateral, claro está que esto ha de poder variarse hasta el momento de la muerte, y de ahí que el testamento no sea un acto de voluntad, en esto pueden los expositores fundar la revocabilidad, pues dice si el testamento no fuese revocable no sería un acto de última voluntad. Es un acto solemne, es decir, rodeado de ciertos requisitos externos y formalidades que han de ser lo necesario para probarse en su día la voluntad del testador de una manera auténtica, siendo este carácter reconocido de 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.

Clara 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 y 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.

NATURALEZA.-

Modernamente se ha sostenido por diversos autores que el testamento tiene naturaleza contractual, que-

es Contrato en que la sociedad está representada por el heredero; Phieres, dice que es una donación; Finenderman, lo define como un Contrato o Causa de Muerte por el cual una persona transmite gratuitamente su patrimonio a otra; Mendisabal, sostiene que la fuerza del testamento se deriva del hecho de la aceptación del heredero. Cougliolo sostiene que el testamento no tiene naturaleza contractual, por muchas razones.

Se destaca la revocabilidad por parte del testador, faltando en el todo convenio, lo mismo que la obligación recíproca que todo contrato supone. Además, el contrato va desde luego al otro contratante y al mismo tiempo 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 *sulleneris*; -- con especial y propia naturaleza y fisonomía, y constituye el modo de actuar la facultad de testar.

FUNDAMENTO.-

Mendisabal 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 por resultados del progreso jurídico y que ha sido siempre ayudado por el derecho positivo; más esto no quita para que tenga un fundamento en el derecho natural, lo que hacen las legislaciones positivas es regularlo, 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. Esto es, por tanto sustancialmente de derecho natural, que señalan las condi--

ciones naturales y necesarias que han de reunir, las cuales debe precisar y figurar en derecho positivo. Valverdi dice que el testamento es "El Instrumento que mayores ventajas ofrece para disponer determinadas cosas, pues el hombre pensando en la muerte, y olvidando todos los rencores y pasiones, se convierte en el juez de la familia y así mismo para ordenar todo aquello que responde a las imperiosas y sagradas determinaciones de su conciencia; por eso nada hay más-respetable y nada debe cumplirse con más solicitud que lo mandado por los testadores".

Por esto dice Priscot, que entre los varios modos por los 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 Lermi-Mier. El testamento es un acto necesario a la libertad humana, y a la dignidad del padre necesario para la obediencia de los hijos, y Venteau, que es un instrumento puesto en manos de los individuos para prevenir calamidades privadas y a un que puede ser considerado como instrumento de utilidad confiado a los padres para estimular la virtud y preprimir el vicio en el seno de la familia.

CAPITULO SEGUNDO

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO

NOCION.-

Los Juris-Consultos no trabajaron una definición testamento en el estado que este alcanzó en el derecho nue-

vo, Ulpiano y Modestino se limitaron a reproducir ciertas formulas del antiguo derecho cuando ambos conceptuan 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 instituye uno o más herederos directos, lo que hace diferenciarlo con el Fideicomiso Universal.

CARACTERES.-

Se deducen del concepto que acaba de formularse y son:

1o.- Es un acto solemne, en el sentido de que el Antiguo Derecho estaba rodeado de formulas y ceremonias y siempre debió hacerse de tal modo que constituyesen una prueba clara y perpetua de la voluntad del testador.

2o.- Ser personalísimo, pues como nadie puede querer por otro nadie puede testar por otro, no reconociendo el Derecho Romano validez a las instituciones de herederos hechos por mandatarios o tercera persona.

3o.- Ser esencialmente revocable, por ser expresión de la última voluntad, y varía la voluntad del hombre con el tiempo según la circunstancia.

ORIGEN.-

No está todavía muy claro el origen del testamento, en Roma la tradición presenta ya a Arca Bentina, la supuesta nodriza de Romulo, 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 la sucesión Mortis Causa, pues la propiedad pertenecía al clan y era intrasmisible. Instaurando el régimen de la propiedad familiar (Eredium)

Hubo la transmisión Mortis-Causa, pero por regla superior a la voluntad de los particulares, en virtud de las costumbres, y como por tanto, solo fué posible en un principio la sucesión legítima. El testamento no fué en el antiguo derecho, como lo fué en el nuevo, un acto esencialmente destinado a la distribución de bienes, pues la función hereditaria no tenía tanto el fin de transmitir estos, como transmisión del conjunto de poderes que constituían la potestad soberana del Pater Familia, es decir, la soberanía sobre la familia concebía 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 asociación indica el entrar en el lugar de otro es una carga en el ejercicio de un poder; más adelante resaltó la importancia de la transmisión de bienes y se instituyó el Testamento Per Aest Et Libram, del cual se fueron derivando las demás formas de la institución.

CAPACIDAD PARA TESTAR.

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

Los Jurisconsultos Romanos no dieron una regla general respecto a la capacidad de otorgar testamento, sino que porcedieron por vías de expulsión, determinado a quienes no podían otorgar testamento.

Para los Romanos no podían otorgar testamentos los incapaces de derecho y de hecho; los primeros recibían este nombre cuando les faltaba uno de los tres elementos de la capacidad: Libertad, ciudadanía y familia, y los segundos cuando faltaba la capacidad intelectual o de ejercer -- el comercio. Dentro del primer grupo se encontraban los esclavos (pues no tenían capacidad para ningún acto jurídico), los extranjeros (Incapaces absolutos), los que no tenían bienes propios, los ciudadanos que caían prisioneros del enemigo (Se consideraban esclavo), entre los incapaces de hecho están, los impuberes fuesen hombre y mujer (Acerca de la pubertad se llegó a fijar el límite de 14 años de edad para los hombres y 12 para las mujeres, los locos, pero si tenía intervalos lúcidos podían hacer testamento 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).

FORMA DE TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.

El testamento en Roma podía ser público o privado, según que se declarara o no la última voluntad ante -- una autoridad pública, la cual levantaba 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 le dió al testamento el nombre de Judicial.

Los testamentos privados extraordinarios, se clasificaban en especiales y privilegiados los primeros -- atendían a la situación especial en que el testador se encontraba, y a si mismo a la clase social a que el testador per

tenecía. Entre los primeros se encontraban el del ciego sordo, mudo, el hecho en el campo, en tiempo de peste, etc; entre los privilegiados, el más importante era el de los militares.

CAPITULO TERCERO

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMANICO Y CANONICO

NOCION.-

Los Germáanos no conocieron el Testamento hasta que, establecidos en las ruinas del imperio, adoptaron las instituciones de los Romanos vencidos por ellos. Tácito dice no tenían clase alguna de testamento, las leyes propiamente barbaras no la mencionan, empleando la voz testamento en latín como significando el documento en que constaba cualquier acto jurídico. Entre ellos como entre los Romanos primitivos, el jefe de la familia era considerado más como administrador que como dueño pues desconocían la propiedad privada teniendo la propiedad carácter familiar y por lo que la muerte del jefe pasaba la administración al que le sucediese en la dirección del grupo familiar. Inculso los bienes adquiridos -- muebles iban a los hijos que sucedían siempre de pleno derecho, no siendo necesaria la adición voluntaria de la herencia.

Solo el que carecía de dēscendientes podía nombrar heredero a un extraño, recurriendo para ello el procedimiento de la adopción, colocandolo en lugar de hijo, por la-

entrega de la espada hecha por medio de un tercero con ciertas fórmulas y ante las asamblea del pueblo.

Con el tiempo, a medida que la propiedad privada iba ganando terreno se permitió al que tuviera hijos -- disponer para después de su muerte de los bienes de adquiridos por el, que no fueran procedentes de sus descendientes. En un principio estas donaciones fueron irrevocable, sin duda por influencia del derecho Romano.

INTRODUCCION DEL TESTAMENTO EN LOS PUEBLOS

GERMANOS

Por lo que antecede se comprende que al decir Tácito que los Germáanos no conocían el Testamento, se referían al que en su tiempo se practicaba en Roma. Pues la idea de el iba sufriendo entre aquellos una evolución parecida a la que hubo entre los Romanos. Es probable que los Germáanos, habían llegado por si solos en más o menos tiempo, a resultados parecidos a los que en Roma se obtienen; pero la evolución se precipitó por virtud de la convivencia con los vencidos. Estos, que siguieron rigiendose 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 como existía entre los vencidos, empezando por practicarla de hecho y acabando por admitirla en las leyes como común para unos y otros.

INFLUJO DE LA IGLESIA.-

Una causa poderosa de la generalización del -- testamento fué la facilidad que otorgaba para hacer liberali-

dades piadosas como medios de expiar los pecados cometidos, generalizándose las manumisiones por este medio y los legados a la iglesia y los establecimientos piadosos.

Los cruzados y los peregrinos otorgaban muchas veces testamento disponiendo de sus bienes para el caso de que no volvieran de la cruzada o de la peregrinación

CAPITULO CUARTO

EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

ORIGEN.-

El testamento en la legislación Colombiana ha conservado en sus grandes rasgos de lo que fué en el Derecho Romano, en donde la facultad de testar, como se vió anteriormente, no estaba, pues plenamente reconocida al hombre ni podía estarlo en tanto que esa sociedad permaneciese bajo el imperio de la antigua religión, muchos tratadistas de esa época se sirvieron del vocablo testamento para determinar la idea de atestación, tal es la definición dada por Modestino: Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Se ha plegado, pues 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 al tenor del artículo 1055 del código civil Colombiano que es el siguiente:

"El Testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte"

de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la potestad de revocar las disposiciones contenidas en el mientras viva".

Según la definición antes expuesta el Testamento es la expresión legítima de nuestra voluntad, y por aplicación a esta definición nulas seran todas las disposiciones contenidas en el testamento 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 Código Civil Colombiano.

Lo que difereencia, según esta definición, el testamento de todos los demás actos como los contratos, donaciones, los cuasicontratos, etc. es el no tener efecto sus disposiciones sino después de la muerte del testador, las que carecen entre tanto, de fuerza por ser esencialmente revocable el testamento.

Es un acto más o menos solemne. Acto, en efecto, debiendo originarse de la voluntad de una sola persona, no puede ser otra cosa que acto de ella más o menos solemne, porque requiere algunas formalidades para existir. Cuando exige las generales es solemne. Cuando bastan las excepcionales menos solemne.

De aquí que cuando a un testamento le faltan las solemnidades esenciales no tiene valor.

El testamento es una declaración unilateral de voluntad, y esta declaración tiene pleno valor jurídico independientemente de que si los herederos y legatarios instituidos aceptan o repudian. Esta voluntad unipersonales exclusiva y excluyente, no solo en el sen-

tido de mancomunidad de los testamentos conjuntos, sino en el de toda injerencia de voluntades extrañas, que en alguna forma insida sobre la voluntad del testador. Así, sería inexistentes el testamento colectivo que Marido y Mujer hicieran en la distribueión 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 otro. Con todo, esta prohibición no se opone a que dos personas se instituyan mutuamente como herederos con la condición de que cada persona haga su testamento por separado.

En todo testamento debe existir disposición de bienes Mortis Causa, es decir que si el acto no contiene en forma alguna disposición de bienes, no constituye testamento en el sentido jurídico de la palabra. Pero no es preciso que el testador haga asignaciones especiales a Título Universal o Singular, lo que se exige es que el acto contenga una disposición de bienes en alguna forma.

Pero, en general, todo testamento en sentido material debe contener una disposición de bienes Mortis-Causa. Desde este punto de vista, no toda disposición de última voluntad es testamento en el sentido indicado, por cuanto pueden existir testamento en sentido formal, es decir, disposiciones de última voluntad ajustada a las formas testamentarias que no contienen propiamente disposición de bienes. Esto sucede cuando el causante reconoce un hijo natural recurriendo a la forma testamentaria.

Lo que dispone en un testamento es para que tenga pleno efecto después de los días del testador. Puede decirse que el testamento solo es un proyecto durante la vida de su autor, proyecto que este puede des-

truir o modificar según su voluntad, pero si nada de esto hace, se supone que persevera en él.

La muerte del testador es lo único que da existencia definitiva al proyecto, convirtiendolo en un medio de transmitir el dominio.

Quiere la ley que el testamento sea siempre la última declaración de voluntad del testador, y por eso debe ser revocable pues de otra manera podría no ser su última declaración de voluntad.

Revocar un testamento pura y simplemente es disponer que los bienes del de cujus no se reparta de la manera indicada en el testamento, sino de otra distinta, es decir, de acuerdo con la ley, o con otro testamento.

La facultad de revocar el testamento es puesta de relieve por los artículos 1055 y 1057, este último dice: "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas."

Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita.

La nota de la revocabilidad está instituida por motivos de orden público y de ahí que el testador no pueda derogarlo.

La revocación del testamento es distinta de la donación, porque consistiendo esta figura en un acto de disposición contractual de los bienes presente, es esencialmente irrevocable, siquiera su revocabilidad no sea absoluta, puede ser subordinada al complemento.

CAPITULO QUINTO

REQUISITOS DE FONDO PARA LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO.

Para la validez de cualquier acto o declaración de voluntad requiere el artículo 1502 cuatro ingredientes tradicionales, sin cualquiera de los cuales el acto no tiene eficacia, ni alcanza el fin jurídico a que está destinado. Esos elementos son a saber: que la persona, o sujeto del acto jurídico, sea legalmente capaz, que su consentimiento no adolezca de vicio, que el acto tenga objeto lícito y que tenga causa lícita. El testamento, como negocio jurídico que es, requiere la existencia de estos elementos (Capacidad, Consentimiento, Objeto y Causa lícita). Además, el testamento es siempre solemne.

LA CAPACIDAD.-

La capacidad es la aptitud jurídica del sujeto para realizar un acto dado. En la testamentificación-

activa, la capacidad es la regla general, la incapacidad es la excepción. Esto quiere decir que todas las personas pueden otorgar testamento, cualquiera que sea sus nacionalidad, o su religión siempre que no se encuentre comprendido en alguna de las excepciones legales sobre la materia.

Por esto mismo, las causales de incapacidad son taxativas, de interpretación restrictiva, imposibles de extender por analogía a casos no expresamente señaladas.

Se propone la ley, al prohibir a ciertas personas hacer testamento, unicamente asegurar la voluntariedad del acto testamentario. Los incapaces son personas que carecen de aptitud fisiológica para prestar consentimiento.

La imposibilidad de testar de los inhábiles se deriva exclusivamente de causas naturales que les impiden consentir. No se trata de incapacidades de derecho, o personas a quienes la ley impide testar por consideraciones sociales derivadas del sexo, o la religión, o el parentesco, etc, sino de incapacidades naturales, por que afectan a personas que por razón de una traba natural o física, no tienen aptitud para expresar voluntad verdadera.

CAUSALES DE INHABILIDAD.

Se reducen a cuatro las causas que impiden testar: ser impuber, estar en interdicción por demencia, no tener sanidad de juicio, y no poder expresarse claramente de palabra o por escrito.

LOS IMPUBERES.-

Esto es el varón que no ha cumplido catorce-

años y la mujer que no ha cumplido doce, luego varón que pase de catorce y la mujer de 12 años, pueden testar. El hecho de que solo los impuberes sean incapaces de testar, siendolo plenamente y sin necesidad de su autorización los puberes, nos enseña la ley no exige la existencia de una voluntad reflexiva, la cual, se presume existente en las personas que han cumplido diez y ocho años.

La facultad de testar otorgada a los puberes se originó de que no siendo el testamento un contrato no debía exigirse en el testador la capacidad que necesitan los contratantes, ya que no hay peligro de que el testador se cause daño como sucede con la celebración de un contrato; efectivamente, las cláusulas testamentarias producen efecto a la muerte y no en vida; igualmente la facultad de poder revocar, y por último el no permitirse la representación.

Nuestro código, desde un principio, consagró la edad de la pubertad como la mínima de la testamentifacción, siguiendo las siete partidas, que a su vez la tomaron del derecho Romano.

A pesar de todo, creemos que el código exagera y que la pubertad es un límite muy bajo. Repugna ver un niño de catorce años disponiendo de sus bienes para después de su muerte, porque carece del equilibrio y seguridad de juicio que deben demandarse de quien teste.

Los dieciseis años del código Frances, sin las restricciones que este pone, podrían haberse adaptado.

LA INTERDICCION POR CAUSA DE DEMENCIA.-

Testar es disponer de los bienes que una persona posee, y es natural entonces que quien lo haga tenga volun

tad y capacidad para hacerlo, para apreciar esta capacidad se atenderá únicamente al estado en que se encuentre el testador en el acto en que ordena sus disposiciones testamentarias, es decir, en el momento de ese acto de última voluntad. Si está en interdicción no puede testar, aunque al tiempo de hacerlo o de morir, como a veces sucede, recobre el juicio, en razón a que esto no se puede probar jurídicamente.

El que no está en interdicción puede testar, y si se cree que en el momento de hacerlo no estaba en su sano juicio, toca a los interesados entablar acción de nulidad contra ese testamento y probar el hecho en debida forma.

A este respecto la ley acepta presunciones u opiniones más o menos fundadas, sino hechos claros y actos que convengan de los que afirma.

La interdicción tiene por objeto incapacitar a una persona en forma absoluta para celebrar toda clase de negocios jurídicos. El Testamento otorgado por interdicto queda viciado de nulidad absoluta, aunque se ofreciere probar o se probara que en el momento de testar no estaba dominado por la demencia, en razón de encontrarse en un momento lúcido. La interdicción tiene por objeto destruir, desde el punto de vista jurídico, todo intervalo lúcido. En este caso la prueba será la respectiva sentencia que decretó la interdicción y la circunstancia de haberse hecho durante su vigencia.

INCAPACIDAD POR FALTA DE SANIDAD DE JUICIO.-

La voluntad libre e inteligente es la condición esencial y la fuente de todos los actos jurídicos. La fal-

ta de sanidad de juicio debe ser por ebriedad u otra causa, pero esta debe ser actual, para significar que ha de existir en el acto del testamento y no antes ni después.

Entre los requisitos para la validez de toda declaración de voluntad (Artículo 1502) el Código coloca la capacidad para obligarse, y declara absolutamente incapaces a los impuberes, los dementes y los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito, en fuerza de que todas estas personas carecen de razón, no tienen voluntad. -- Los actos que ejecutan son absolutamente nulos, no producen siquiera obligaciones naturales ni admiten caución.

En los testamentos, el código es todavía más riguroso, pues declara inhábiles no solo a estos incapaces, que carecen por completo de razón o no pueden expresarse, sino a los que, teniendo discernimiento, sufran en el acto, sufran de testar una alteración de sus facultades que permita afirmar un desequilibrio grave en el juicio. Y esto es exigir más voluntad para los testamentos que para los contratos y demás actos ordinarios, porque no es menester para anular el testamento, como si lo es para anular un contrato, demostrar, por ejemplo, que el testador sufrió tal perturbación que le quitó el completo uso de su razón.

El concepto de "Sociedad de Juicio" no requiere tanto; basta para restarle toda validez al acto testamentario, levantar la prueba de una seria perturbación de las facultades síquicas.

Se deben, pues, tener en cuenta, según la tradición aquellas afecciones o dolencias que momentáneamente perturben la inteligencia, como la mera monomanía, el sonambulismo, la epilepsia, la embriaguez, la sugestión, la colera y los diversos estados pasionales que más o menos privan-

de la necesaria libertad humana.'

INHABILIDAD DERIVADA DE NO PODER EXPRESARSE CLARAMENTE.-

Esto se funda en que el testamento por ser la última voluntad de una persona, que ya no existe cuando aquel va a ejecutarse, debe ser obra de quien pueda decir con claridad al Notario y a los testigos lo que dispone acerca de sus bienes para después de sus días o que el documento cerrado que les presenta en su testamento.'

Por eso la voluntariedad de la carta testamentaria no puede definirse al azar de la interpretación que otros hagan de los signos y señas que sirven al sordo-mudo para manifestar su querer. Luego si no saben hablar ni escribir, aceptarles, como testamento lo que se creyese deducir de sus señales, como signos de afirmación etc, sería facilitar el medio de fraguar testamentos a estas personas. Durante mucho tiempo permanecerá firme la norma que hoy ordena que el sordo-mudo, analfabeto muera intestado.

CAPITULO SEXTO

SEGUNDO ELEMENTO DE FONDO

EL CONSENTIMIENTO.-

La voluntad, que recibe el nombre de consentimiento es el Substratum de los actos jurídicos, y es necesario que emita en forma plenamente conciente y libre. Pero hay ciertos casos en que ello adquiere un carácter relevante; así ocurre en el matrimonio, donde el legislador rodea la manifestación del consentimiento de una serie de ga-

rantias, y también en el testamento. En este la voluntad libremente manifestada por testador es su base fundamental, sobre todo si se considera que el testamento produce sus efectos una vez fallecido el causante, por lo cual va a ser difícil determinar la última voluntad de este. Por ello el legislador rodea del máximo de precauciones la manifestación de voluntad del testador, creando incapacidades e indignidades para suceder para los que atentan contra ellos, anulando determinadas disposiciones testamentarias por temor de que en ella la voluntad del testador se haya visto influenciada por factores extraños, rodeando de solemnidades el otorgamiento del acto.

Se oponen a la libre manifestación de la voluntad del testador los vicios del consentimiento, fuerza, error y dolor.

F U E R Z A.-

La fuerza o violencia consiste en vías de hecho o amenazas para lograr que una persona de sano juicio preste sus consentimiento por verse expuesta ella misma o sus allegados a un mal irreparable y grave. Ciertamente es que con la palabra fuerza se designa el medio empleado para intimidar el agente, más lo que vicia el consentimiento es propiamente el miedo, originado por la aprehensión de algún peligro o riesgo.

La fuerza no excluye la voluntad del acto. El forzado prefiere una cosa o otra, y entre los dos males prefiere el menor.

Afirma la ley que el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza es nulo. Pero cualquier

MODO haya intervenido la fuerza es nulo. Pero cualquier clase de fuerza genera esta nulidad?

Indudablemente no, debe ser una presión sobre el ánimo, que influye de manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza. Tiene esta un carácter subjetivo, por que la violencia no vicia el consentimiento ni inhibe la voluntad siempre que se ejercita, y por eso es preciso tener en cuenta en cada caso las circunstancias, sexo, condición etc, del que la padece. Tiene también un carácter relativo, porque no es cualquier temor el que constituye la fuerza como vicio del consentimiento, sino un temor o un mal presente. Por esto el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Más rigurosas son las consecuencias de la fuerza que interviene en la testamentificación de los causados por ella en los contratos. En los testamentos no es posible discriminar con certidumbre si la fuerza que medió para lograr ciertas cláusulas tuvo incidencia en las otras. En los contratos la fuerza no origina nulidad absoluta sino relativa; el acto del forzado es susceptible de confirmación expresa, y a una confirmación tácita que se deduce de ejercer en tiempo la acción necesaria.

E R R O R .-

El Error consiste en creer verdadero lo que es falso. Savigni, dice: "Que el Error es la falsa 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 de-

recho los efectos de la ignorancia son, en general los mismos que los del error, que también puede decirse que es la falta de conformidad 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 lo reguló. Según jurisprudencia de la corte que dice: "El Error se divide en error de hecho y error de derecho. El primero es la falsa apreciación de una circunstancia de hecho; la creencia equivocada sobre la existencia o no existencia de una cualidad o de un acontecimiento. El segundo es la apreciación falsa acerca de las disposiciones de la ley." El Error de Derecho no es reconocido como vicio del consentimiento de las obligaciones (Artículo 1509).

Es más sencilla la doctrina del error en los testamentos que en los contratos. En los primeros está íntimamente vinculada a la teoría de la causa. Todo se condensa en el precepto. Claro del Artículo 1117, que dice: "La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea clara que sin este error no hubiere tenido lugar se tendrá por no escrita". Causa es, según el Artículo 1524-2o. "El motivo que induce al acto o contrato". Y que siendo un requisito de fondo, la trataremos más adelante -- más adelante. El principio de nuestro Código Civil, acerca del error de derecho no es universalmente aceptada, así por Ej: El Código Frances no sienta regla general sobre el asunto por lo cual la jurisprudencia acepta que ese error vicie el consentimiento en los mismos casos en que lo viciara si fuere error de hecho.

Sabido es que la legislación Romana el error de derecho podía ser invocado por los menores, las mujeres--

y los militares, pero la razón en que se fundamenta el principio de nuestro código es muy lógico puesto que se encamina a dar firmeza y seguridad a los actos y contratos; por que si un error de derecho, es decir, la ignorancia de que existe una disposición legal o que se le interprete como no debe ser, puede ser motivo para recindir aquellos, claro que los contratos quedarían expuestos a litigios frecuentes, porque nada más fácil que justificar el error de derecho. Estas disposiciones por ser de orden público, miran al bienestar social, no al interés individual, como sería el caso de proteger a quien ha incumplido lo pactado, por entender en forma distinta lo estipulado por la ley, produciéndose en los juzgado, congestión por negocios que no terminarían nunca de modo que, verificado un contrato, se cumpla según la ley, aunque una de las partes sostenga que se equivocó en cuanto al derecho.

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

Respecto a las cosas el Artículo 1510 del Código Civil Colombiano dice "El Error de Hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra; como 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 entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra".

En cuanto a la identidad de la cosa de que se trata la segunda parte de este Artículo, contiene una dog

trina relacionada con el testamento y es el inciso primero del Artículo 1117 que dice "La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera lugar, se tendrá por no escrita".

Respecto a las personas a este error se refiere el Artículo 1512: "El Error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato".

El inciso primero de este Artículo establece como regla general, que el consentimiento no se vicia cuando hay error acerca de la persona con quien se desea contratar.

Esta regla es lógica, por que en el mayor número de casos se contrata teniendo en cuenta el resultado y no una persona. Así que lo mismo es comprar una coca a Jairo que a Virgilio.

Sin embargo, esta regla, tiene como excepción lógica el mismo caso a que se refiere el inciso primero citado porque en este caso el contrato se celebra en relación a la persona es decir Intuite Personae, es el caso relacionado con el testamento en que se mira tanto la consideración de la persona como se ve claramente en el Artículo 1116 que dice: "El Error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, sino hubiese duda acerca de la persona".

La corte ha hecho esta interesante aplicación: "Si el testador, en una de sus cláusulas testamentarias

rias, instituye como único y universal heredero a un hijo natural, cuyo nombre da y ha citado en otras cláusulas, y añade: A quien de consiguiente reconoce como tal y le confiere al beneficio legal del caso, el hecho de que sea nulo el reconocimiento del hijo por no ser hijo natural sino adulterino, no le quita la validez a la institución de él como Heredero. No puede arguirse que la cláusula es indivisible, y que si una parte es nula la otra debe seguir la misma suerte; ello consta de dos actos de voluntad: la institución y el reconocimiento, que deben considerarse por separado.

Por otra parte, el error en la calidad del asignatorio no vicia la disposición cuando hay duda acerca de la persona".

D O L O . -

Es el tercero de los vicios de que puede adolecer el consentimiento. Según Pothier se llama Dolo toda especie o artificio de que se sirve una persona para engañar a otra. Esto demuestra la gravedad del Dolo, porque es claro que quien da su consentimiento partiendo de ciertas bases, que luego resultan no ser verdaderos sino una maquinación o artificio de la otra parte, no da un consentimiento libre, puesto que le falta el 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 de el Código Civil Colombiano: "El Dolo consiste en la inten--

ción positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

Es oportuno, conceptuar con respecto al testamento, ya que en nuestra legislación en lo referente a dolo no hay norma que se refiera al testamento por ser este un acto de tanta consideración con respecto a los demás manifestaciones de la voluntad. Solo tangencialmente lo abarca puesto que no hay lugar a distinguir en los testamentos, como en los contratos, si el dolo es obra de una de las partes o de un tercero: Siempre provendrá de un tercero. El dolo no se distingue de el error en la testamentificación, sino en cuanto es error provocado y malicioso.

El más frecuente viene de maniobras ejercidas sobre una persona de voluntad débil, para que decida a efectuar una liberalidad testamentaria.

Otra de las características del dolo es el de no presumirse por ser la buena fé una cualidad 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 quien se queja de dolo, debe probarlo por los medios que sean posible, aún con declaración de testigos y con simples presunciones.

El Dolo en los testamentos suele revestir dos variedades principales: La sugestión y la captación.

Por la sugestión se inspira al testamento odio hacia las personas a quienes quiere gratificar por testamento; Por la captación se finge un afecto profundo

hacia el testador, basado en falsas causas, y dirigido a obtener alguna asignación testamentaria.'

EL OBJETO.-

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

El objeto es pues la materia sobre la 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 versa sobre la totalidad del patrimonio o sobre una cuota de esta universalidad, en tal forma lo establece en el Artículo 1008.'

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

Las obligaciones se crean para ser ejecutados y no es posible ejecutar aquellos cuyo objeto se ignora; lo impide un obstáculo de hecho, insuperable; y esta regla es de simple sentido común; El Artículo 1518 requiere que el objeto de toda obligación sea determinado dice: "No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad sino las que se espera --

que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que esten deteminados, a los menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas que contengan datos que sirvan para determinarlas.

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 indeterminada la asignación de cuotas si el testador instituye un heredero sin designarle cuotas con otros a quienes si les asigna.

Se dice que una cosa esta fuera del comercio jurídico conforme a su naturaleza, como por ejemplo; El aire el mar. O por su destinación, como los bienes de uso público, o por que lo requieran las buenas costumbres, tal como lo estatuye el Artículo 1520 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 estan sujetas a las reglas especiales contenidas en el título de las asignaciones forzosas.

L A C A U S A .-

Es la causa el último de los 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 dar, o hacer o no hacer alguna cosa sin razón, en suma la causa es el porque de una obligación, de modo que ella se indica.

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

Dentro de los tratadistas anti-causa listas, es Planiol quien ha combatido con más vigor la teoría de la causa, por considerarla falsa e inútil, más en relación con las liberalidades ha dicho: "Nuestros autores más recientes, queriendo distinguir la causa del motivo, no han encontrado, respecto de una donación, sino la voluntad de donar, considerada de una manera abstracta e independiente de los motivos que la han hecho nacer".

Según Planiol, pues, en las liberalidades, la causa y el motivo se confunden. La verdad es que para conocer la causa de una donación, ha de averiguarse porqué la

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 el Artículo 1524: "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria de las buenas costumbres o al orden público".

Algunos Causalistas modernos como Colín y Capitant están acordes con Planici, en que "la intención liberal" no es lo que debe entenderse por causa en las liberalidades.

En consecuencia la causa de las liberalidades testamentarias es el motivo impulsivo y determinante que tuvo el testador; motivo que debe ser real y lícito.

La Causa así entendida es factor que decide de la validez de las asignaciones.

CAPITULO SEPTIMO.

DE LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS.

Formalidad esencial de todos los testamentos, solemnes y menos solemnes, es la intervención de testigos. Unas veces los testigos han de ser más numerosos que en otros.

Los testigos también deben reunir ciertas cualidades, según el testamento de que se trate.

Todo testamento solemne es escrito y debe otorgarse ante testigos. A este respecto la ley ha sido muy celosa al fijar las condiciones que deben reunir los testigos, y por ello ha establecido que no pueden ser testigos en los testamentos solemnes las siguientes personas:

1.º Los incapaces por estado mental o estado orgánico.

Estas personas son las siguientes:

a).- Los menores de diez y ocho años.

b).- Los interdictos por causa de demencia. Basta, pues, que a un individuo se le haya puesto en interdicción por esta causa, para que no pueda ser testigo hábil, puesto que quien no está en su sano juicio, no puede dar razón de nada. Si la interdicción es por prodigalidad, no es incapaz quien se encuentre en ella, porque la falta de acierto para administrar intereses, no implica falta de conocimiento ni de honradez.

c).- Los que actualmente se hallaren privados del uso de la razón. Se diferencian este del anterior en que se refiere a personas que no esten en su sano juicio por cualquier causa, y que sin embargo, no hayan sido puestas en interdicción. Si lo han sido, basta el decreto correspondiente para probar su incapacidad, siempre que la fecha del Decreto sea anterior a la del testamento. Si no lo han sido, hay que probar, por los

medios comunes, que el testigo estaba privado de la razón cuando autorizó el testamento.

d).- Los ciegos. Como los testigos deben ver al testador, bien se comprende que los ciegos no pueden desempeñar ese cargo.

e).- Los Sordos. No pueden ser testigos, por que no oyendo al testador, no pueden dar fé de los que ^{dis}ponga ó de lo que declare.

f).- Los Mudos. No pueden ser testigos, por que si se les aceptara como tales, en caso de apertura y publicación del testamento, o de controversia sobre este, no podrían declarar sobre los hechos respectivos.

2o.- Los Incapaces Moralmente. Estas personas son las siguientes:

a).- La persona que haya sido condenada por un delito al cual se le aplique una pena privativa de libertad de cuatro o más años.

b).- La persona que por sentencia ejecutoria da estubiere inhabilitada para ser testigo.

3o.- Los Parientes del testador o del Notario. Estos parientes son:

a).- Los ascendientes del testador o del Notario.

b).- Sus descendientes.

c).- Los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad.

d).- Los parientes afines hasta el segundo grado del testador o del notario.

Notese que no distingue si el parentesco es legitimo o ilegítimo. De modo que ningún ascendiente o descendiente del testador, y ninguno de sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, como sus hermanos y tíos ni ninguno de sus parientes afines dentro del segundo grado de afinidad como sus suegros, sus yernos y sus cuñados puede ser testigo. Tampoco pueden serlo las personas que se encuentren dentro de los mismos grados de parentesco con el Notario ante quien se otorgue el testamento.

4o.- Los Subordinados o dependientes del testador. Esta inhabilidad comprende:

a).- A los dependientes o sirvientes del testador o del notario.

b).- A los dependientes del cónyuge, de los ascendientes, de los descendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad del testador.

c).- A los dependientes de los parientes afines dentro del segundo grado.

d).- A los dependientes de los herederos o legatarios.

La jurisprudencia ha dicho que los dependientes inhabiles para ser testigos no pueden ser otras personas sino aquellas que estan subordinadas por vinculos de completa economia y hasta personales que se traduzcan en un obediencia completo, por esa razon, a las ordenes del amo o patron. Si esto no se entendiere asi, resultaria que el numero de personas, que pudieran servir de testigos en los testamentos solemnes, quedarian muy restringido, puesto que en la sociedad el cambio constante y la constante sucesion de relaciones mutuas entre los asociados, hace que ninguno de estos goce de completa y verdadera independencia.

50.- Los Amanuenses del notario.

Esto, que se refiere al caso en que el testamento no se otorgue ante testigos únicamente se funda en que los escribientes del notario no darian completamente garantía de decir la verdad, cuando de esta pudiera resultar algún perjuicio a quien le sirven, y les pagan. Los amanuenses de un notario si pueden ser testigos en testamento otorgado ante otro notario.

La jurisprudencia ha dicho que la palabra amanuense se refiere a los empleados que en forma continua trabajan en las notarias por un sueldo fijo, pero no a esas otras personas que en forma intermitente ayudan en la realizacion de trabajos.

60.- Los herederos y legatarios.

Según el numeral 17 del Artículo 1068, no pueden ser testigos en los testamentos solemnes "Los herederos

y legatarios, y, en general, todos aquellos a quienes resulte un provecho directo del testamento". Si en un testamento se deja una asignación a uno de los testigos, se presenta un problema de interpretación, pues según el párrafo final del Artículo 1119, la asignación dejada a uno de los testigos es inválida, es decir que no produce efecto.

La Corte Suprema resolvió el problema haciendo prevalecer la doctrina del Artículo 1119, o sea considerado hábil al testigo, pero invalidando la asignación. Las consecuencias de una u otra interpretación son importantes: Si en un testamento abierto o público que exige tres testigos, el testador asigna algo a dos de tales testigos, al aplicar el numeral 17 el Artículo 1068 el testamento en su totalidad sería nulo; si se hiciese cinco asignaciones, todas se invalidarían pero aplicando el artículo 1119, solo se invalidan las dos asignaciones hechas a los testigos y quedarán en firme las tres restantes.

70.- Los extranjeros y las personas que no sepan el idioma del testador.

No pueden ser testigos los extranjeros no domiciliados en la república ni las personas que no entiendan el idioma del testador. Los extranjeros transeúntes no pueden ser testigos, porque podrían ausentarse antes de la apertura y publicación del testamento, y porque podría ser difícil hallarlo para que declarase en caso de controversia sobre la validez del testamento. Si una persona no entiende el castellano, no podría saber que dice el testador.

80.- El confesor habitual del testador. Tampoco puede ser testigo el sacerdote que habitualmente haya confesado al testador, y el que lo haya confesado en la última enfermedad. Probablemente se estableció esta in capacidad para evitar influencia sobre el testador.

90.- Los testigos parientes de otros -- testigos. Los testigos no deben tener parentesco entre sí en cualquier grado de la línea directa o dentro del tercer grado de consanguinidad por la línea colateral o segundo de afinidad; tampoco unos testigos deben ser dependientes de los otros. Así, Padre e Hijo no pueden ser testigos en un mismo testamento, no tampoco dos hermanos ni el amo y el criado.

No basta que los testigos de un testamento no tenga ninguna de las incapacidades mencionadas, porque la ley requiere en algunos de ellos domicilio y algunos conocimientos, en virtud del cual dos, a lo menos, de los testigos deberán estar domiciliados en el lugar en que se otorga el testamento y uno, a los menos, deberá saber leer y escribir, cuando solo concurren tres testigos y dos cuando concurrieren cinco.

De los testamentos solemnes, al único que le bastan tres testigos es el abierto que se otorga ante Notario.

De estos testigos, dos por lo menos, deben ser vecinos del lugar donde se otorga el testamento.

De los tres testigos, uno, por lo menos, debe saber leer y escribir.

Los testamentos abiertos que se otorgan únicamente ante cinco testigos, y los cerrados que en todo caso requieran igual número de testigos, exigen que de estos, dos, por lo menos, sean vecinos del lugar en que se otorgan el testamento, y que dos, por lo menos, sepan leer y escribir.

Las reglas del artículo 1068 tiene una excepción la comprende el artículo 1069 que dice: "Si alguna de las causas de inhabilidad, expresada en el Artículo precedente no se manifestare en el aspecto o comportamiento de un testigo, y se ignore generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundandose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo. Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos".

Esta habilidad putativa se funda en la buena fé. En efecto hay inhabilidades en los testigos que no pueden ocultarse, como el sexo, la locura manifiesta, la sordo-mudez etc. Pero es posible que no se conozcan ocultos lazos de parentesco existentes entre testador y un testigo o alguna otra de las causales de impedimento que enumera el Artículo 1068. Si la inhabilidad es manifiesta, quien la tenga no puede ser testigo en ningún caso. Pero si no lo es, es decir, sino se manifiesta en el aspecto o comportamiento del testigo y se ignora generalmente en el lugar donde se otorga el testamento, esa inhabilidad siempre que sea en un sólo testigo de los de este, no invalida el testamento, esto es, no servirá de base para anularlo.

Como la habilidad putativa o aparente solo

puede servir a un testigo, es indispensable que cuando sea necesario tres testigos, dos tengan habilidad real, y cuando se necesitan cinco la tengan cuatro. Así es que si de los tres testigos hay dos con habilidad putativa y de los cinco, otros dos, los testamentos respectivos serán nulos.

CAPITULO OCTAVO

DISTINTAS CLASES DE TESTAMENTO

TESTAMENTOS ABIERTOS Y CERRADOS.

Se dijo que los testamentos son siempre solemnes, pero unas veces más que otras, esto se ve claramente al tenor del Artículo 1064 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 de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, de 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 todo acto jurídico debía realizarse según el modelo establecido por el legislador.

Peculiaridad esta, debido más que todo a economía de tiempo, porque la rapidez de las transacciones es incompatible con la lentitud de sujetar los ac--

tos a específicas y determinadas formalidades, inadecuadas hoy en la época del progreso y del desarrollo.

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

El testamento solemne es abierto o cerrado; continúa el artículo 1064: "Testamento Abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, y al notario cuando concurre; y testamento Cerrado o Secreto es aquel en que no es necesario que los testigos y el notario tengan conocimiento de ellas".

TESTAMENTO PUBLICO ANTE NOTARIO.-

Tanto el testamento público ante Notario como el de sin la presencia de este, son igualmente eficaces, como a actos de disposición de última voluntad.

El testamento abierto debe otorgarse ante el respectivo notario o su suplente y tres testigos.

Capaces de otorgar testamento Abierto son todos los que pueden hacerse entender de viva voz, aunque no sepan leer y 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. Es pues, el conocimiento de la voluntad del testador por parte del notario, cuando concurre, y de los testigos

instrumentales, lo sustancial en los testamentos abiertos.

Este hecho de hacer saber las disposiciones testamentarias al notario y a los testigos se traduce siempre en una ceremonia a la que asisten simultaneamente testador, notario y los tres testigos. Realizada la asistencia de los indicados, el notario da lectura al testamento de manera que todos lo oigan; y para que todos lo oigan, todos deben estar presentes. El notario lee el testamento que el testador le llevo escrito o el que le ordeno escribir. En todo caso, la lectura del testamento por el notario se realizara en un mismo acto continuo, y por tanto, ninguno de los testigos podra ser cambiado, no podra ser escuchada la lectura por dos testigos y posteriormente por el otro. "El testamento sera presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo notario, si lo hubiere, y por unos mismos testigos", se refiere al acto de su lectura; por lo tanto seria nulo un testamento si la lectura se comienza hoy y, en razon de que es muy largo, el notario cita para terminarla el dia siguiente. Respecto a la unidad de lugar, la lectura del testamento debe terminar en el mismo sitio donde comenzo; pero esa unidad no se destruye se la lectura comienza en una de las oficinas de la notaria y, para mayor comodidad, se termina en otra oficina proxima.

El otorgamiento termina con las firmas del notario, del testador y de los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, el notario mencionara esta circunstancia, expresando la causa; pero si uno de los testigos es quien no sabe o no puede firmar, o tro de los tes

tigos firmará por el que no sabe o no puede firmar, a ruego suyo, sobre la firma del testador en el abierto a dicho la Corte: "Los Testamentos Abiertos pueden ser válidamente firmados por el testador con firma no entera, con tal que sean conocidos al notario y las demás personas que intervienen en su otorgamiento". "El espíritu de la ley que exige, y no como indispensable, la firma del testador en el testamento, no puede ser otro que el de que ese documento, que ha de producir sus efectos después de la muerte de aquel, lleve consigo una señal inequívoca de su autenticidad". Y la causa por la cual la Corte admite como bastante esa firma deficiente, es lo dispuesto en el artículo 333 de la ley 57 de 1887, para toda clase de escrituras públicas. Así lo explica la misma Corte cuando dice: "Al modificar el legislador la regla del artículo 2595 del código civil, que exigía en los instrumentos 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 se hallen en tal estado de enfermedad que no puedan estampar sus firmas con la misma integridad y corrección con que acostumbraban firmar cuando gozaban de salud". "El vocablo firma, 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 redundaría en los casos en que lo emplee la ley, habría en esto una palabra inútil, y así no ha de entenderse aquélla."

En cuanto a la causa por lo que no firma el testador, es suficiente expresar la más genérica y próxima; porque no sabe firmar, o por impedimento físico, etc.

Según el artículo 1073 del código civil en el testamento se expresará el nombre y apellido del testador; el lugar de su nacimiento; la nación a que pertenece; si está o no vecindado en el territorio, y si lo está, el lugar en que tuviere su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, de los hijos habidos o legitimados de cada matrimonio, y de los hijos naturales del testador, con distinción de vivos y muertos; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.

Se ajustarán estas designaciones a lo que respectivamente declaren el testador y testigos. Se expresarán, a sí mismo, el lugar, día, mes y año del otorgamiento; y el nombre y apellido del notario, si asistiere alguno.

Las declaraciones de un testamento pueden dividirse en dos clases; Los unos tienen por objeto identificar al testador y establecer el día que testa:

Las otras son las disposiciones que él da respecto a sus bienes. En el artículo 1073 se llama solo la atención a las de la primera clase, porque son

las que influyen directamente en la validez del testamento. Las de la segunda, o propiamente, las disposiciones testamentarias, son asunto exclusivo del testador, quien para tomarlas debe, sin embargo, tener en cuenta la ley para saber las limitaciones que tiene su derecho de testar.

Lo natural es que el testamento comience por indicar el lugar, día, mes y año en que el testador, que se hallaba en su entero juicio, ante el notario o los testigos que se mencionaron por su nombre, apellido y domicilio, hizo las declaraciones aludidas:

1o.- Las relativas a su estado civil:

2o.- Las relativas a las disposiciones que tome acerca de sus bienes, los cuales puede mencionar, como institución de herederos, legados que que haga, reconocimiento de hijos naturales, nombramiento de guardadores, de albaceas, de partidas etc.

La fecha del testamento es indispensable, a un para saber si el testador era hábil, y sobre todo para saber si aquel es su última voluntad, pues puede aparecer otro instrumento e ignorarse esto.

Por esto un testamento acerca del cual no se sabe con seguridad cuando empezó a tener existencia, no puede aceptarse como válido, ya que no se sabe si el tes

tador, los testigos y el notario, eran hábiles .

Todo lo que indica al mencionado artículo 1073 respecto del nombre, apellido nacionalidad, domicilio y relaciones de familia del testador, no es esencial para la validez del testamento. Acerca de este punto puede sentarse como regla general que el testamento será válido siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigos como lo dice el artículo 11 de la Ley 95 de 1890. Así por ejemplo: Si el testador omite decir su edad, si es casado o soltero, si tiene hijos ó no, quien es su conyuge etc, no por eso será nulo el testamento; pero es preciso que la duda se elimine por los términos mismos del testamento y no por otras pruebas, pues el testamento es un acto solemne, lo que quiere decir que no puede ser completado con ningún otro comprobante.

TESTAMENTOS NUNCUPATIVO ANTE TESTIGOS.

El testamento público ante notario y tres testigos como se dijo anteriormente, es la forma principal del testamento abierto, nuncupativo o público. Constituyéndose la forma subsidiaria el testamento público ante testigos sin la presencia del notario. El artículo 1071 dice: "En los lugares en que no hubiese notario o en que faltare este funcionario, podía otorgarse el testamento solemne nuncupativo ante cinco testigos, que reúnan

las cualidades exigidas por este código".

La palabra lugar no puede tomarse como sinonima de "Circuito de notaría", porque estando dividido todo el territorio de la República en circuitos de notaría, no había lugar ninguno donde pudiera otorgarse el nuncupativo ante testigos, y la ley quedaría sin efecto.

Otro aspecto importante de esta clase de testamento es el relacionado con su publicación.

La memoria escrita ante cinco testigo no es testamento, ni tiene carácter de tal, mientras no se proceda a su publicación. Esta diligencia es, por ende, formalidad esencial del testamento mismo, ciertamente enderezada a convertir en documento público lo que sin ella es uno puramente privado.

Así lo proclama el artículo 1077 que es del siguiente tenor: "Si el testamento no ha sido otorgado ante notario, sino ante cinco testigos, será necesario que proceda a su publicación en la forma siguiente:

El Juez competente hará comparecer los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador.

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

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

En seguida pondran el juez y sus secretarios sus rúbricas en cada página del testamento, y después de haberlo el juez declarado testamento nuncupativo, expresando su fecha, lo mandará pasar con lo actuado, al respectivo notario, ^{SIN} previo el correspondiente registro.

El juez competente será el del circuito donde se otorgó el testamento. La solicitud podrá hacerla toda persona que acompañe a ella la prueba de la muerte del testador y el testamento mismo.

En el primer auto el juez ordena citar a los testigos instrumentales para que en la audiencia cuya fecha y hora fija, reconozcan sus firmas y al del testador conforme al artículo 1077.

En caso necesario y siempre que el juez lo estimare conveniente, según el mismo artículo, podran ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes por declaraciones juradas de otras personas fidedignas. De-

modo que el abono no debe hacerse cuando todos los testigos declaran, ya que no es necesario si los que comparecen reconocen la firma del testador, las suyas propias y la de los testigos ausentes, al menos que el juez tenga la duda aludida.

Abonar una firma es establecer con declaraciones de persona que comozcan al del testigo o del testador, si les parece que era la que usaba comunmente.

Recibidas las declaraciones, el juez y el secretario rubricaron cada página del testamento, y por medio de un auto el primero lo declaró nuncupativo, expresando su fecha, y lo remitirá con la actuación al notario para su protocolización sin el registro correspondiente pues hoy no existe.

Del testamento se deja copia en el juzgado. Según dice la corte, nadie puede oponerse a la publicación de este testamento: "Las diligencias judiciales de publicación del testamento nuncupativo otorgado ante cinco testigos constituyen acto de jurisdicción voluntaria, y no juicio contencioso entre las partes. No puede admitirse, en consecuencia, gestión de persona interesada en oponerse al perfeccionamiento del acto testamentario.

Desde luego, la resolución del juez con que terminan las diligencias, al declarar nuncupativo el testamento y ordenar su protocolización, no implica el desconocimiento de los derechos de los derechos de quienes quieren demandar en juicio ordinario la nulidad del testamento, aduciendo allí las pruebas correspondientes.

Si las firmas del testador o de los testigos no fueren reconocidos o debidamente abonadas, o si de las declaraciones no aparece que dicho acto es el testamento del causante, el juez declarará que el escrito no reviste el carácter de nuncupativo, sin perjuicio de la cuestión se ventile en proceso ordinario, con audiencia de quienes tendrían el carácter de herederos Ab-intestado o testamentario en virtud de unx testamento anterior (Artículo 572 C.P.C.). El auto que declare nuncupativo el testamento o le niegue este carácter es apelable.

TESTAMENTO CERRADO O SECRETO.-

El testamento cerrado o secreto es aquel en que el testador quiere que nadie sepa cual son sus disposiciones testamentarias.

El testamento cerrado llena una necesidad humana cual es mantener en reserva hasta después de la muerte las disposiciones de última voluntad.

El testamento cerrado es el que necesita más solemnidades, pues no sólo requiere la intervención del notario y mayor número de testigos, que el abierto -- que se otorga antes ese empleado, sino ciertos conocimientos y condiciones físicas en el testador. Tres elementos son necesarios para la validez de este testamento: un escrito debidamente guardado en un sobre o cubierta; otorga

miento del testamento ante notario, y escritura pública del otorgamiento.

ESCRITO DENTRO DE SOBRE O CUBIERTA.-

El escrito debe redactarlo personalmente el testador, aunque no se exige que lo haya escrito de su propia mano, ya que bien puede dictar sus disposiciones a un escribiente.

Aunque nuestro código no diga expresamente que el testador puede hacer escribir sus testamento de un tercero, tal circunstancia es necesario deducirla del artículo 1079. Este texto prohíbe testar en forma secreta a quienes no saben leer ni escribir, pero no a los que saben leer, aunque no sepan o no puedan escribir.

Justamente quien no sabe leer ni escribir no puede controlar si el escrito refleja su voluntad, más no así quien lee pero no escribe. El Doctor Valencia Zea es de este pensar. El Doctor Fernando Vélez ha quien reproduce Ortega Torres dice: Dos condiciones esenciales para poder otorgar testamento cerrado: - Primero saber leer; Segundo saber escribir. De suerte que no basta que una persona sepa una de estas dos cosas para que pueda testar de una manera secreta. La razón de esto es clara; como el testamento cerrado, el no

tario y los testigos solo conocen la cubierta en que aquel se encierra, la garantía de que no se alteren sus disposiciones la busca la ley en los conocimientos del testador.

El escrito puede hacerse a mano o a máquina.

En cuanto al contenido del escrito, - se exige que el testador exprese claramente las asignaciones testamentarias y que determine en forma inequívoca los beneficiarios de ellas. No es necesario encabezamiento especial en que se exprese la voluntad de testar, ya que esta se declara en el acto del otorgamiento ante notario; pero no sobra tal encabezamiento y hasta es aconsejable.

En fin, sobre el particular no existe formas sacramentales.

El testamento deberá estar firmado por el testador. Si él testador no pudiere firmar, podría hacerlo a ruego otra persona?. Es necesario aclarar: los ciegos y los que no saben leer ni escribir no pueden hacer testamentos cerrado; pero aquí nos encontramos ante caso diferente - o sea, que un testador que sabe leer y escribir sin embargo no pueda firmar por un impedimento físico como por ejemplo, parálisis, inmovilidad de las manos debido a una operación quirúrgica, es otra causa. En los primeros tiempos de interpretación exegética del código civil, la corte suprema sostuvo que en el testamento cerrado: "Si otra persona, por im

posibilidad del testador, firma por él.....el testamento no será válido".

Hoy día debe rechazarse dicha interpretación porque cualquier persona puede escoger la forma del testamento cerrado, salvo cuando existe concreta prohibición, como sucede para los ciegos y para los que no saben leer ni escribir. Por analogía debe aplicarse la posibilidad de firmar a ruego en el testamento abierto, al cerrado. Finalmente, si se prohíbe al ciego esta clase de testamento ello se debe a que no puede verificarse si lo escrito por otro refleja exactamente su voluntad, pudiendo por lo tanto, ser objeto de grave engaño; pero en el caso que pueda leer, pero no escribir el testador puede examinar el escrito y saber con seguridad que en él se expresa su auténtica voluntad.

El escrito debe guardarlo el testador dentro de un sobre o una cubierta, la cual se cerrara exteriormente de manera que no pueda extraerse el escrito sin romperla. La cubierta puede ser de papel, de cuero, o de alguna otra sustancia que se acomode al volumen del escrito y que lo guarden con todas las seguridades que quieran obtenerse. Para mayor garantía de que no se abrirá, puede el testador, si quiere, estampar sobre el lacre un sello con sus iniciales, por ejemplo, o una marca cualquiera, o emplear otro medio, como cintas adheridas al lacre, para tener seguridad de que no podrá extraerse el testamento.

El requisito del cierre de la cubierta de modo que no pueda extraerse el escrito sin romperla, persigue

esencialmente evitar la sustitución de un testamento verdadero por uno falso. En cuanto a la exigencia de que la cubierta debe quedar cerrada en forma que no se posible extraer el escrito sin romperla debe entenderse en sentido relativo y no absoluto.

Así, la Corte decidió que en el otorgamiento de un testamento cerrado, "Si el notario y los testigos no advirtieron que la cubierta.....de este pudiera abrirse sin romperla, y así autorizarón el acto, no sería razonable alegar posteriormente, luego de abierto y como motivo de nulidad del testamento, la aparente y dudosa falta de algunos de los ingredientes materiales para su mayor seguridad, como la de un pegante que no se hecho de menos en la primera época".

OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO.-

El artículo 1080 dice al respecto: ---
"Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que 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 mudos poderán hacer esta declaración, escribiendola a presencia del notario y los testigos."

El notario expresará sobre la cubierta bajo el epígrafe testamento, la circunstancia de hallarse

el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.

Termina el otorgamiento por las firmas del testador, de los testigos y del notario, sobre la cubierta.

Si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por el otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno o algunos de los testigos no supieren o no pudieren firmar, lo haran otros por los que no supieren o no pudieren hacerlo, de manera que en la cubierta aparezcan siempre siete firmas: La del testador, las de los cinco testigos y la del notario.

Durante el otorgamiento estaran presente además el testador, un mismo notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna si no en los breves intervalos en que algún accidente lo exigiere.

La cubierta testamentaria una vez que el el notario a cubierto sobre ella los requisitos del artículo 1080 es un instrumento público.

ESCRITURA PUBLICA DEL OTORGAMIENTO.

La diligencia del otorgamiento del testamento cerrado o secreto debe hacerse constar en escri

tura pública. Así lo dispone la Ley 36 de 1931, artículo 1. Inmediatamente después del acto en que el testador presente al notario y a los testigos la escritura en que declara que se contiene su testamento según el artículo 1080 del código civil se deberá extender una escritura pública en que conste el lugar, día mes 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, la circunstancia de hallarse en este en su entero y cabal juicio, el lugar de su nacimiento y la nación a que pertenece.

Artículo Segundo.- En el mismo instrumento se consignará una relación pormenorizada de la clase, estado y forma de los sellos, marcas y señales que como medio de seguridad contenga la cubierta.

Artículo Tercero.- La escritura de que tratan los artículos anteriores deben ser firmadas por el testador, los cinco testigos y el notario.

Artículo Cuarto.- Copia de esta escritura debe acompañarse a la solicitud de apertura y publicación del testamento.

DEL DEPOSITO DE LA ESCRITURA CERRADA QUE FORMA EL TESTAMENTO

Estatuye el artículo 59 del Decreto 960- de 1970: "El testamento cerrado se dejará al notario o con-

sul Colombiano que lo haya autorizado, para su custodia, en la forma y condiciones que determina el reglamento". En consecuencia, solo tienen validez los testamentos cerrados custodiados por los notarios o consules.

Si el testar retira el testamento, este queda revocado.

PERSONAS QUE SOLO PUEDEN OTORGAR TESTAMENTO CERRADO.-

Cuando el testador no pudiese entender o ser entendido de viva voz, solo podrá otorgar testamento cerrado (Artículo 1681 del C. C.). Vale decir, los sordos, quienes no pueden entender de viva voz, y los mudos, quienes no pueden ser entendido en esa forma. Igualmente quienes hablan un idioma distinto al nacional, sólo podrán testar en esa forma.

APERTURA Y PUBLICACION DEL TESTAMENTO CERRADO.-

El decreto 960 de 1.970 se refiere a la apertura y publicación del testamento cerrado en sus artículos 60 a 67:

Artículo 60.- El testamento cerrado será abierto y publicado por el notario o consul que lo haya autorizado.

Artículo 61.- Cualquier interesado presunto en la sucesión, podrá solicitar la apertura y publicación del testamento, presentado prueba legal de la defunción del testador, copia de la escritura exigida por la ley 36 de 1931, y cuando fuere el caso, el sobre que lo contenga, o petición de requerimiento de entrega a quien lo conserve.

Artículo 62.- Modificado. Decreto 2163- de 1970, artículo 39.- Presentada la solicitud y el sobre, el notario hará constar el estado de este, con expresión de las marcas, sellos y demás circunstancias distintivas, señalará el día y la hora en que deben comparecer ante el los testigos que intervinieron en la autorización del testamento y dispondrá que se les cite.

Artículo 63.- Llegados el día y la hora señalados, se procederá al reconocimiento del sobre y de las firmas puestas en el por él testador, los testigos y el notario, teniendo a la vista el sobre y la escritura original que se haya otorgado en el cumplimiento de lo ordenado en la Ley 36 de 1931. Acto seguido el notario, en presencia de los testigos e interesados concurrentes extraerá el pliego contenido en la cubierta y lo leerá de viva voz; terminada la lectura, lo firmará con los testigos a continuación de la firma del testador o en las márgenes y en todas las hojas de que conste.

Artículo 64.- De lo ocurrido se sentará un Acta con mención de los presentes y constancia de su-

identificación correspondiente, y transcripción del texto íntegro del testamento.

Artículo 65.- Modificado. Decreto 2163 de 1970, artículo 40.- Cuando alguno o algunos de los testigos no concurrieren el notario ante quien se otorgó el testamento abonará sus firmas mediante su confrontación con las del original de la escritura de protocolización. Si aquel notario faltare, abonará sus firmas quien desempeña actualmente sus funciones, mediante la misma confrontación y aún con su firma en otros instrumentos del protocolo.

Artículo 66.- El testamento así abierto y publicado, se protocolizará con lo actuado por el mismo notario, quien expedirá las copias a que hubiere lugar. El registro se efectuará sobre copia enviada directamente por aquel y no sobre el original.

Artículo 67.- Si alguna persona que acredite interés en ello y exponga las razones que tenga, se opusiere a la apertura, el notario se abstendrá de practicar la apertura y publicación y entregará el sobre y copia de lo actuado al juez competente para conocer del proceso de sucesión, para que ante el se tramite y decida la oposición a la apertura como incidente.

Si las firmas del notario o los testigos no fueren reconocidas o abonadas, o la cubierta no a-

pareciere cerrada marcada y sellada como cuando se presentó para el otorgamiento, el notario, dejando constancia de ello practicará la apertura y publicación del testamento y enviará sobre, pliego y copia de su actuación al juez competente. En este caso el testamento no prestará mérito mientras no se declare su validez en proceso ordinario, con citación de quienes tengan interés en la sucesión por ley o por razón de un testamento anterior.

Declarada la validez del testamento el juez ordenará su protocolización y posterior registro.

Antes de la expedición de este Decreto la apertura y publicación del testamento la debía realizar el juez. Es decir, se otorgaba ante notario pero se abría ante juez. Hoy día tanto el otorgamiento como la apertura del testamento cerrado se realiza ante notario; excepcionalmente, la apertura la realiza el juez cuando existe oposición a su apertura por el notario mediante la justificación de un interés serio y legítimo, para lo cual se tiene que seguir el procedimiento establecido en el artículo 571 del C. P. C. El juez ante quien debe hacerse la solicitud, es el del último domicilio del testador; pero si no fueren hallados allí el notario y los testigos que deben reconocer sus firmas, aquellas tendrán lugar ante el juez que designen las leyes del procedimiento, o sea el de circuito.

La prueba de la muerte del testador es indispensable según el artículo 1066 del C. C. que esta

tuye: "Siempre que el juez haya de proceder a la apertura y publicación de un testamento, se cerciorará previamente de la muerte del testador. Exceptuándose los casos en que según la ley debe presumirse la muerte". La última parte se refiere a la presunción de muerte por desaparecimiento y en realidad no constituye una excepción pues se entiende por muerte para los efectos legales no solo al que falleció naturalmente, sino al desaparecido cuya muerte se presume, según la ley.

Además, se acompaña a la solicitud de apertura de un testamento, copia de la escritura que debe extenderse inmediatamente después del acto en que el testador presenta al notario y los testigos el testamento.

El juez, una vez reconocidas las firmas del notario y los testigos, y extendida acta sobre el estado en que la cubierta se encuentre con expresión de las marcas, sellos y demás circunstancias de interés, señala la fecha y hora para audiencia con el fin de resolver sobre la oposición. Esta solo puede formularse sino se han cumplido los requisitos de apertura por el notario, ya que la existencia de otros testamentos no la impide, aunque fueren posteriores, pues puede contener declaraciones o disposiciones que no se alteran. La notificación de este auto se hace por estado; pero al síndico deberá hacerse personalmente.

Cuando alguno o algunos de los declarantes no reconozcan su firma o expresa que hay diferencias en cuanto a la cubierta, a los sellos o a las marcas, o en caso de que la cubierta presente muestra de haber

sido abierta, la diligencia de apertura siempre deberá efectuarse.

Más en estos casos, lo mismo que cuando las firmas no hayan sido debidamente abonadas, el juez dispone que el testamento no es ejecutable mientras no se declare su validez en proceso ordinario, con audiencia del heredero abintestato o testamentario en virtud de testamento anterior. De modo que esta norma ordena que el testamento carece de valor, hasta que el proceso ordinario iniciado por los coasignatarios testamentarios con citación de quien debe suceder por testamento anterior o abintestato se declare la validez.

Si quien formuló la oposición ante el notario no se ratifica en la audiencia, aquella se rechaza de plano en auto que no admite recurso. Si hubiere ratificación se decretan las pruebas pedidas y se practican allí mismo, así como las oficiosas; por auto se decide la oposición en la audiencia. Rechazada la oposición, si el auto no se apela o confirmada este, en audiencia el juez extrae en presencia del secretario y de los que concurren el pliego contenido en la cubierta, lo lee y queda publicado.

La diligencia de apertura de un testamento cerrado, como todas las diligencias judiciales, es un acto público, al cual puede concurrir el que lo desee, dentro de las capacidades del local del juzgado donde se efectúa. Generalmente, concurren los presuntos interesados.

Si el testamento no está escrito en castellano una vez abierto deberá el juez rubricarlo con el

secretario en la forma expuesta dejando constancia del estado de la cubierta, y enviarlo al ministerio de relaciones exteriores para que los traductores oficiales lo viertan al castellano. En tal hipotesis se suspende la audiencia para continuarla una vez hecha la traducción, con el objeto de leerlo.

De la audiencia de apertura se extiende acta que la suscriben el juez, los concurrentes y el secretario y todo el expediente, en el que figura la cubierta en que se hallaba el testamento se protocoliza por medio de escritura pública en una notaría del lugar. El notario expide copia del testamento y de la actuación y con base en ella previo el registro de la escritura de protocolización se pide ante el mismo juez la apertura del proceso de sucesión.

TESTAMENTO DEL CIEGO.-

Peculiar es la forma del testamento del ciego. Desde las leyes de las siete partidas se prohibió al ciego el testamento cerrado. El ciego abrá de testar siempre nuncupativamente ante notario, y su testamento de todos modos, además de las formulas prescritas, debe ser leído dos veces: Una por el notario, y otra por unos de los testigos designado por el ciego, mencionandose tal circunstancia bajo sanción de nulidad. El ciego no podría conocer, ni estar seguro de que lo escrito expresa su voluntad sino ordenará la segunda lectura por testigos instrumental que goce de

la plena confianza del ciego mismo. De esta doble lectura, y de que la segunda la verificó el testigo designado al efecto por el ciego, debe quedar mención especial en el testamento mismo.

Se ha discutido quien es ciego para efectos del artículo 1076. La Corte acogió una importante doctrina del tribunal superior de Bogotá, para el cual "Ciego, según nuestra ley, es la persona que se haya privada de la vista y no la persona que por cualquier causa haya disminuido en su capacidad visual". De manera que quien aún puede leer, aunque con gran esfuerzo no es ciego para efectos del artículo 1066. Pero el que ha perdido la vista hasta el extremo de que no puede leer, está en las mismas condiciones que el ciego absoluto, que no es capaz de cerciorarse con el uso de su propio sentido, sobre la fidelidad de lo escrito.

TESTAMENTO DEL QUE NO PUEDE SER ENTENDIDO DE VIVA VOZ.

Para el Mudo, para el Sordo-Mudo que sabe leer y escribir, y para todo aquel quien no pueda darse a entender de palabra hablada, como el extranjero que ignora el castellano, se dispone una manera propia de testar. Estas personas no tienen acceso al nuncupativo, porque de viva voz no puedan transmitir sus pensamientos. Su memoria testamentaria se hará escrita con las solemnidades del cerrado. El testador debe, además, escribir de su propia mano sobre la caratula la palabra testamento o la equivalente en el idioma que prefiera, y expresará también de su letra, por lo menos, su nombre, apellido, domicilio y nacionalidad.

TESTAMENTO OTORGADO EN PAIS EXTRANJERO.-

De dos maneras puede el Colombiano que se encuentre en pais extranjero hacer sus testamento válido en Colombia:

a).- Ajustándose a las formalidades que exige la ley del pais donde se halle.

b).- Ajustándose a las formalidades de la ley Colombiana.

Asi, un Colombiano residente en Francia o Alemania puede testar según las formalidades exigidas para la validez del testamento ológrafo en la legislación Francesa o Alemania; pero también puede testar según las formalidades de los testamentos solemnes de nuestra legislación. Ambas clases de testamento son válidos y pueden producir efectos ante los tribunales nacionales.

PRIMERA FORMA.- TESTAMENTO SEGUN LAS FORMALIDADES DE LA LEY EXTRANJERA: LOCUS REGIT ACTUM.-

Estos testamentos producen efectos en el pais a condición de que se ajusten plenamente a las formalidades de la ley extranjera, esto es, cuando ante dicha ley sean validos. La regla de que hablamos se deriva de una costumbre internacional que, prescindiendo de todo acuerdo entre naciones, quiere que valgan los actos-

jurídicos que los extranjeros ejecutan cuando se amoldan a las ritualidades exigidas por la ley del lugar donde se encuentra. La regla en general para toda clase de actos jurídicos, pero tiene valor unicamente en cuanto a los requisitos de forma, no en cuanto a los de fondo.

Conforme al artículo 21 del código civil, "La forma de los instrumentos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgado. Su autenticidad se probará según las reglas establecidos por el código judicial....."La forma se refiere a las solemnidades externas, a la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresen".

El fundamento jurídico de la regla locus.....no puede ser la sola cortesía internacional, ni tampoco la idea de que el extranjero se somete temporalmente a las leyes del país en que se haya, sino la consideración de que las formas prescritas por la ley extranjera se reputan la más idoneas para garantizar la liberación de la voluntad declarada en el país donde imperan. Su fundamento práctico, de utilidad evidente, es porque facilita la ejecución de los actos jurídicos, que pueden consumarse en situaciones en que el extranjero no está en capacidad de conocer las formulas preceptuadas por su ley nacional, o imposibilidad de ajustarse de esas formulas; y contribuye a generalizar el derecho sobre formalidades, al que presta cierto caris de legislación universal.

Especialmente para testamento, la regla locus.....es opcional para el Colombiano que quiere

otorgar en el extranjero un testamento que tenga plena validez en Colombia. Puede escoger entre revestir su memoria testamentaria de las formas propias de la ley local, o llenar ante funcionario Colombiano, o extranjero de nación amiga de Colombia, la ritualidades señaladas por el código Colombiano. Más la regla locus..... es imperativa para los que siendo extranjero en Colombia, -- quiera otorgar aque testamento válido. Estos extranjeros bien podrán, siguiendo el uso del derecho internacional, extender su carta testamentaria ante el consul o ministro de su nación, más este testamento así otorgado no tendría efectos dentro de Colombia.

Por otra parte, estando debidamente autenticado un testamento que se otorgó con las formalidades propias de la ley extranjera, se presume en Colombia su conformidad en materia de forma, con la ley local bajo la cual se extendió.

El artículo 1084 del código civil hace una aplicación concreta de esta regla al testamento solemne otorgado según la ley extranjera, al decir que valdrá en el país el testamento escrito otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar sus conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si, además, se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria.

Deducese, pues, que los artículos 21 y 1084 del código civil dan valor a la regla locus regit

actum solo respecto a las formalidades requeridas para la validez del testamento, no a los elementos de fondo, ya que en cuanto a estos se aplica la ley nacional. -- Por lo tanto, en los tocante a la capacidad, estado civil, etc, no se aplica la ley extranjera sino la nacional. Es lo establecido por el artículo 19 del código, según el cual los Colombianos residentes en país extranjero permaneceran sujetos a la ley nacional:

1o.- En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efectos en el país;

2o.- En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solo respecto de sus conyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior.

Por consiguiente, no valdrá el testamento otorgado en un país extranjero, si el testador no respetó a las asignaciones forzosos de los asignatarios (Legítimas, mejoras, porción conyugal), aunque en el país donde se haya otorgado exista total libertad testamentaria. La razón de ello está en que las asignaciones forzosas se hayan instituidas por motivos de orden público nacional.

SEGUNDA FORMA.- TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTERIOR CON

ARREGLO A LAS FORMAS DE LA LEY COLOMBIANA.

En país extranjero puede testarse siguiendo la forma de los testamentos solemnes de la

ley positiva Colombiana, a condición de que se cumplan estos requisitos:

1o.- Que se trate de un Colombiano o de un extranjero domiciliado en el país. Tiene, pues, -- por objeto facilitar unicamente a esta clase de individuo el modo de testar en el extranjero, y de aqui -- que otras personas, como extranjeros que no esten domiciliados en Colombia, aunque tengan bienes y aun herederos, no pueden otorgar testamento ante los ministros diplomáticos y consulares de la república; tendrán que testar de acuerdo con las leyes de su nación.

2o.- Que sea autorizado por un ministro diplomático que Colombia o de una nación amiga, -- por un secretario de delegación que tenga título de -- tal expedido por el presidente de la república ó por -- un consul que tenga patente del mismo, pero no valdrá -- si el que lo autoriza es un vice-cónsul. En el testamento se hará mención expresa del cargo y de los referidos títulos y patentes. Por nación amiga ha de entenderse la que tenga relaciones diplomáticas con Colombia.

3o.º Que los testigos sean Colombianos o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento.

4o.- Que se observen las mismas formalidades del testamento solemne de la ley Colombiana.

50.- Que el instrumento lleve el sello de la legación o consulado. Esto tiene por objeto dar autenticidad al testamento, porque contribuye a demostrar que se autorizó por el funcionario respectivo.

60.- Que el testamento que no haya sido otorgado ante un jefe delegación, lleve el visto bueno de este jefe si lo hubiere; si el testamento fuere abierto, al pie; y si fuere cerrado, sobre la caratula; y que dicho jefe ponga su rubrica al principio y fin de cada página cuando el testamento fuere abierto.

70.- Que el jefe de la legación, si lo hubiere, y si no directamente el consul, remita una copia del testamento abierto, o de la caratula del cerrado, al ministro de relaciones exteriores de la república, y que abonando de este la firma del jefe de la legación o la del consul, en su caso, pase la copia al notario del último domicilio del testador.

80.- Comprobada la muerte del testador, el testamento debe ser abierto y publicado por el mismo funcionario ante quien se otorgue.

Acerca del testamento cerrado otorgado en el extranjero el artículo 1085 da valor en Colombia al testamento otorgado en país extranjero, siempre que reúna los requisitos allí señalados. La apertura la puede efectuar un cónsul Colombiano.

El procedimiento para esta es el mismo que se sigue para la del testamento cerrado que se abre en Colombia, de modo que si hubiere oposición se -

remite al juez para que la decida.

CAPITULO NOVENO
TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS.

Desde la legislación Romana hasta los códigos modernos, se ha establecido que las personas en ciertas circunstancias graves, en que no es posible observar los preceptos que rigen los testamentos solemnes u ordinarios, pueden testar con menos formalidades que las exigidas para aquellos, con el fin de asegurarles el ejercicio de un derecho importante, pero sin comprometer la verdad de las disposiciones testamentarias.

El artículo 1064 dice: "El Privilegio es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades por consideración a circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley."

Estos testamentos tienen las siguientes características;

- a).- Constituyen casos de excepción, pues a ellos solo se puede recurrir cuando el testador está imposibilitado de recurrir a las formas ordinarias (Testamento Abierto y Testamento Cerrado); Su empleo, por lo tanto, no depende del capricho de los testadores sino de alguna de las circunstancias especiales que veremos más adelante;

b).- Son siempre solemenes, pues si no se emplean las mínimas formalidades exigidas por la ley, carecen de toda eficacia;

c).- Tienen valor provisional; si el testador fallece dentro de determinado plazo, el testamento tiene plena validez, y si no fallece y desaparecen las circunstancias que lo motivaron caduca el testamento.

REGLAS GENERALES.-

Se refieren a las cualidades de los testigos que autorizan los testamentos y a la unidad del acto en que estos se otorgan.

Respecto a los testigos se derogan las reglas generales en el sentido de que puede servir de testigo, en cualquier testamento privilegiado, "Toda persona de sano juicio, hombre o mujer, mayor de 18 años, que vea, oiga y entienda al testador" y que no haya sido condenado a una pena privativa de la libertad de cuatro o más años. Ante tres testigos deben ser ordenados todos testamentos excepcionales, pidiendo únicamente de los testigos, la normalidad sensorial y síquica, necesaria para darse cuenta del acto testamentario.

En los privilegiados escritos, los testigos deben saber leer y escribir, formalidad más rigu

rosa de las requeridas para el abierto ordinario en que se permite la concurrencia de los analfabetas. Además, en los cerrados privilegiados que son escritos, todos los cinco testigos han de saber leer y escribir, cuando en los ordinarios cerrados se admiten tres que no le sepan.

Siendo menos numerosos los impedimentos en los privilegiados de los testigos, menos ocasiones existen en que haya utilidad en acudir a la habilidad putativa para salvar la validez del testamento.

Asi como se requiere en los testamentos solemenes la unidad del acto, el artículo 1089 la exige también en los privilegiados este es del siguiente tenor: " En los testamentos privilegiados el testador declarará expresamente que su intención es testar: las personas cuya presencia es necesaria seran unas mismas desde el principio hasta el fin; y el acto será continuo, o solo interrumpido en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere."

No será necesaria otras solemnidades que estas, y las que en los artículos siguientes se expresan."

El acto de otorgar un testamento privilegiado, es un acto público en que los testigos y el funcionario, si fuere indispensable, que autorizan el testamento deben ser unos mismos desde el principio hasta el fin del acto; y en que los testigos y el funcionario, deben ver, oír y entender al testador, e imponerse,

por lo mismo, de todas sus disposiciones testamentarias. Solo excepcional y justificadamente puede interrumpirse el acto, y eso durante breves intervalos.

TESTAMENTO VERBAL.-

Lo reconoce el derecho Romano. Figuró al lado del testamento tripartito que presentaba a los que no sabían escribir el medio de poder testar válidamente conforme el derecho civil. Las declaraciones de los testadores tenían que presenciarse siete testigos y una de ellas debía ser la institución pública del heredero.

No tiene lugar el verbal sino en casos de peligro tan inminente de la vida del testador, -- que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne. Peligro "Inminente", del latín imminere, vale como peligro que amenaza porque el verbal es para situaciones de peligro tan amenazadoras, que parezca no ser posible llenar las formulas ordinarias. Por donde se concluye que se atiende a dos factores al autorizar esta manera de testar: A que haya peligro de muerte del disponente y a que el peligro tenga visos de proximidad como para temer razonablemente no poder cumplir formalidades.

La Corte al respecto dice: "Para que se pueda testar verbalmente, la ley Colombiana no requiere que el peligro inminente en que se haya el testador de perder la vida, se deba a un ataque o accidente repentino; esta forma de testar está autorizada en casos

de enfermedad muy grave, que coloque al paciente en peligro inminente de muerte, de tal magnitud que parezca que no hay modo ni tiempo de otorgar testamento solemne. De los artículos 1092 a 1094 del código civil, se desprende que el concepto sobre la inminencia del peligro de muerte es de creencia o parecer, no un concepto categórico imperativo".

El testamento verbal es la manifestación que se hace ante tres testigos, y ante ellos el testador debe hacer de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos lo vean, oigan y entiendan. El otorgamiento, pues, consiste en la declaración de voluntad del testador, mediante la cual instituye herederos o legatarios. Desde el principio hasta el fin deben escuchar el otorgamiento unas mismas personas.

Dos circunstancias diferentes producen la caducidad del testamento verbal.

En primer lugar, si el testador falleciere después de los treinta días siguientes al otorgamiento, por cuanto en este tiempo a podido otorgarse un testamento solemne ordinario. El mero lapso de treinta días comunes entre el día del otorgamiento y el día de la muerte, produce la caducidad. No se admite excepción alguna, ni la alegación de que momentos después del otorgamiento el testador perdió el uso de sus facultades mentales, habiendo quedado, por lo tanto, inhabilitado para otorgar testamento solemne.

En segundo lugar, cuando a pesar de haber fallecido el testador dentro de los treinta días-

del otorgamiento del testamento, este no se hubiere puesto por escrito, "Con las formalidades que van a expresarse dentro de los treinta días subsiguientes al de la muerte".

La Corte ha dicho: "Para librar de caducidad un testamento verbal, sino se pone por escrito dentro de los treinta días siguientes al de la muerte del testador basta que dentro de este término declaren los testigos instrumentales ante el juez competente, sobre los puntos y en la forma previstas en los artículos 1094-1095 del código civil ello tiene por objeto evitar la infidelidad de los recuerdos de los declarantes por el transcurso del tiempo, proque el testamento verbal está en esencia constituido por las disposiciones del testador hechas de viva voz y puestas por escrito bajo la declaración de los tres testigos instrumentales que lo vieron oyeron y entendieron".

La ejecución del testamento verbal no puede dejarse a la memoria de los testigos y por ello minuciosamente regula el código la manera de poner por escrito el testamento, que es acudiendo al juez del circuito en que se hubiere otorgado, a instancia de cualquier persona interesada en la sucesión, y con citación de los demás interesados, residentes en el mismo circuito, tomará declaraciones juradas a las personas que los presenciaron como testigos instrumentales, y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes:

1o.- El nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad y las circunstancias que hicieron creer que su vida se hallaba en peligro inminente;

2o.- El nombre y apellido de los testigos instrumentales, y el lugar de su domicilio;

3o.- El lugar, día, mes y año del otorgamiento.

4o.- Las declaraciones de los testigos sobre el hecho de hallarse el testador en su sano juicio y las respectivas disposiciones testamentarias que forman el contenido del testamento.

Las anteriores declaraciones se enviarán al juez del último domicilio, sino lo fuere el que ha recibido la información; y el juez, si encontrare que se han observado las solemnidades prescritas, y que en la información aparece claramente la última voluntad del testador, fallará que, según dicha información, el testamento ha hecho las declaraciones y disposiciones siguientes (Expresandola; y mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto y que se protocolice como tal su decreto.

No se miraran como declaraciones y disposiciones testamentarias sino a aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad estuvieren conforme.

El artículo 573 del código de procedimiento civil se refiere a la reducción a escrito del testamento verbal dice: "La petición para reducir a escrito el testamento verbal deberá presentarse al juez del circuito del lugar donde se otorgó, dentro de los treinta días siguientes a la defunción del testador, y se sujetará a las siguientes reglas:

1o.- Al escrito se acompañará la prueba de la muerte del testador y en el deberá pedirse que se reciba declaración a los testigos instrumentales y a las demás personas de quienes se afirmen que tienen conocimiento de los hechos relativos al otorgamiento del testamento, con indicación de su nombre, vecindad y lugar donde habitan o trabajen.

2o.- Si la solicitud fuere procedente, se ordenará la recepción de las declaraciones en audiencia, para lo cual se señalará fecha y hora, a fin de esclarecer los puntos relacionados en los artículos 1094-1095 del código civil.

3o.- Previamente a la celebración de la audiencia se emplazará a los posibles interesados por medio de edicto que se fijará en la secretaría del despacho por cinco días y que se publicará en diario de amplia circulación en el lugar y en radiodifusora local, si la hubiere.

4o.- Recibidos los testimonios, el mismo juez dictará la providencia que ordena el artículo 1096 del código civil, siempre que se reúnan las condi-

ciones previstas en dicha norma, y adquiera certeza sobre los hechos que ahí se indican y dispondrá que la actuación se protocolice en notaría del lugar, previa expedición de copia para su archivo.

50.- Cuando de las declaraciones de los testigos instrumentales no aparecen claramente la última voluntad del testador, el juez declarará que de ellas no resulta testamento verbal.

60.- Si de las declaraciones o de otras pruebas practicadas en la misma audiencia, a solicitud de interesados o por decreto oficioso del juez aparece que el testador falleció después de los treinta días siguientes a la fecha en que fue otorgado el testamento, el juez lo declarará inexistente como tal.

TESTAMENTO MILITAR.-

El testamento in procinctu fue la forma peculiar como podían otorgar testamento los ciudadanos Romanos en tiempo de guerra, enunciando sus declaraciones ante el ejército reunido, que desempeñaba las veces de comisios. Fue reglamentado por los juristas y parece que su razón de ser consiste en el "Imminens periculum mortis" a que están sometidos los militares en expedición de guerra.

La ley Colombiana no admite el testamento militar sino en tiempo de guerra, y no como pri-

villegio a la casta militar, pero si atendiendo a que es imposible o muy difícil en circunstancias de guerra llenar formulas ordinarias.

El artículo 1100 fija cuando puede acudirse al testamento militar, que es en expedición de guerra, que este en marcha o campaña contra el enemigo, o en guarnición de una plaza sitiada; y es accesible a los individuos de tropa, a los voluntarios, rehenes y prisioneros, y a las personas que acompañan y sirven a cualquiera de los antedichos.

El funcionario que reemplaza al notario en el testamento militar, es un capitán, un oficial de grado superior al de capitán, un intendente del ejército, comisario o auditor de guerra.

El testamento deberá llevar el visto bueno del jefe superior de la expedición o del comandante de la plaza, sino hubiere sido otorgado ante el mismo comandante o jefe; además, dicho comandante o jefe debe rubricarlo al principio y fin de cada página. Por último la firma debe abonarla el ministerio de defensa.

Si se testa nuncupativamente será necesario tres testigos; si en forma secreta o cerrada, se requieren además cinco testigos.

Si, además, quien desea testar estuviere enfermo o herido, podrá ser recibido su testamento por el capellán, médico o cirujano que le asista;

y si estubiere en un destacamento, el que lo mande, aunque sea de grado inferior a capitán.

El testamento militar caduca si el testador sobrevive noventa días a aquel en que hubiere cesado las circunstancias que lo habilitaron para testar militarmente; si antes falleciere, su testamento valdrá como otorgado en la forma ordinaria.

TESTAMENTO MARITIMO.-

Entre los testamentos privilegiados el código coloca el marítimo en tercer lugar. Según el artículo 1105 se podrá otorgar testamento marítimo a bordo de un buque Colombiano de guerra en alta mar.

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

Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se expresará esta circunstancia en el testamento.

Se extenderá un duplicado del testamento con las mismas firmas que el original.

La razón que legitima estos testamentos es la misma que la de los militares, a saber: El peligro que corre de una muerte próxima, la necesidad de que todo caso dispongan de sus bienes con entera libertad, y la ca

rencia del notario.

Se puede testar a bordo de un buque Colombiano de guerra en alta mar y en los mismos casos en los buques mercantes bajo bandera Colombiana.

En el primer caso, recibe el testamento el Comandante o su segundo a presencia de tres testigos.

En el segundo caso, se testa ante el capitán o su segundo el piloto. Si el testador no supiere o no pudiere firmar se expresará esta circunstancia en el testamento. En todo caso se extenderá un duplicado del testamento con las mismas firmas del original. Mejor dicho, se hacen dos testamentos iguales. Esto está indicando que se trata de testamento abierto.

Dice la ley, en alta mar, para significar que si estuviere en mar territorial, estaría cerca de un puerto y sería fácil encontrar notario que según la ley pueda reemplazarlo, para testar en la forma ordinaria.

Se exige que el testamento se extienda por duplicado por las eventualidades a que está sujeta una embarcación en alta mar.

El testamento debe ser guardado entre los papeles más importantes de la nave y se dará noticia de su otorgamiento en el diario de la nave, dice el artículo 1106.

El objeto de esta disposición es el evitar el extravío de un documento de tanta importancia. El

diario significa el libro de este nombre que se lleva en todo buque.

Al marítimo pueden acogerse no solo los individuos de la oficialidad y tripulación sino cualesquiera otro que se hayaren a bordo del buque Colombiano en alta mar, pero caduca si el testador sobrevive noventa días después de su desembarco. No se entenderá por desembarque el pasar a tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque. Si antes de llegar a Colombia, el barco tocara un puerto extranjero en donde halla agentes diplomáticos o consular Colombiano, el comandante entregará a este un ejemplar del testamento, exigiendo recibo a fin, de que, debidamente sellado por la legación o consulado, y con el visto bueno del jefe delegación, se remita a Colombia como se dispone para el solemne otorgado en el extranjero.

Al llegar a Colombia sin tocar un puerto extranjero, el testamento se remitirá al ministerio de relaciones exteriores para los mismos efectos indicados.

El que puede otorgar testamento militar o marítimo, también puede, si esta en peligro inminente, acogerse al nuncupativo verbal. En buques mercantes Colombianos nos se autoriza este testamento, restricción que no tiene fundamento. Este testamento verbal tiene los mismos requisitos de forma que el verbal común. La diferencia consiste en que la información de que trata los artículos 1904 y 1905 la recibe el comandante o el

segundo del barco de guerra, según el caso.

Tampoco existe el término perentorio de treinta días subsiguiente a la muerte para ponerlo por escrito. Este término está sustituido por uno de prudencial-extensión: "Lo más pronto posible", y cédula el testamento si el testador sobrevive al peligro que autorizó el otorgamiento.

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

Según el tema tratado podemos antoar las siguientes conclusiones:

1o.- Que el testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone de todo de una parte de sus bienes, para que este deseo se cumpla después de su muerte, y conservar la facultad de rovocarlo.

2o.- Que ha sido en derecho moderno, por economía de tiempo y por exigirle así al progreso de la sociedad moderna, quien ha reducido a su mínima expresión las solemnidades testamentarias, resctando al testamento del demasiado formulismo a que se sometió en el derecho antiguo, en que todo acto jurídico debía realizarse, según el modelo pre establecido por el legislador, el testamento pues en dicho derecho antiguo podía contener cosas distintas a la disposición de heredero no obstante responder a necesidades de carácter religioso y sin que la institución de heredero fuese esencial a su validez.

3o.- Que el derecho Colombiano se ha plegado a la concepción moderna del testamento como acto de distribución, revocando del todo o parte del patrimonio que solo ha de tener eficacia en la muerte del testador.

4o.- El legislador Colombiano con miras a facilitar el otorgamiento del testamento en circunstancias ordinarias, y en circunstancias ajenas a la voluntad del testador, a establecido el testamento solemne y el menos solemne.

El solemne es aquel en que se han observado todas las formalidades exigidas en la ley.' El menos - solemne es aquel en que pueden omitirse algunas de estas formalidades por consideración a las circunstancias especiales determinadas expresamente por la ley.'

50.- Estas solemnidades tienden a que el testamento considerado como acto jurídico de una sola persona y el más importante dentro de los actos de su especie, como la aceptación y la repudiación de la herencia, para asegurar la perfecta espontaneidad de las disposiciones hechas por el testador, a su irreflexión, y a posibles atentados en los intereses del causante.'

60.- Que siendo los privilegiados o menos solemnes, excepción, solo se recurre a ellos, cuando el testador está imposibilitado a recurrir a las formas ordinarias, o solemnes; Testamento nuncupativo o público y testamento cerrado. Tal es el caso en que se coloca a los militares en expedición de guerra, a quien corresponde testar conforme el testamento familiar. El verbal, en los casos de peligro inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar el testamento solemne.' - El marítimo, autorizado en buque de guerra Colombiano o mercante.

70.- Que en Colombia se tienen que respetar unas asignaciones, por lo cual el testar para disponer de los bienes no es enteramente libre.'

BIBLIOGRAFIA.

Donaciones y Sucesiones..... H/ CARRIZOSA P.
 Sucesiones..... VALENCIA ZEA.
 Código Civil..... ORTEGA TORRES.
 Tratado de Derecho Romano..... JORGE BRY.
 La ciudad Antigua..... FUSTEL DE COULAGES.
 Derecho Civil Colombiano..... FERNANDO VELEZ.
 Derecho Sucesorio..... M. SOMARRIVA.
 Derecho Civil..... N. ANZOLA.
 Derecho Procesal Civil..... H. MORALES.
 Código del Procedimiento Civil..... ORTEGA TORRES.

I N D I C E:

96

Introducción

CAPITULO PRIMERO

DEL TESTAMENTO

Origen.....1
Etimología.....2
Evolución.....2
Concepto.....4
Características.....4
Naturaleza.....5
Fundamento.....6

CAPITULO SEGUNDO

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.

Noción.....7
Caracteres.....8
Origen.....8
Capacidad para testar.....9
Formas de Testamento en Derecho Romano10

CAPITULO TERCERO

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMANICO Y CANONICO.

Noción.....11
Introducción del testamento en los pue-
blos Germánicos.....12
Influjo de la Iglesia.....12

I N D I C E:

97

CAPITULO CUARTO

EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACION
COLOMBIANA.

Origen.....13

CAPITULO QUINTO

ELEMENTO DE FONDO EN EL TESTAMENTO.

La capacidad.....17

CAPITULO SEXTO

SEGUNDO ELEMENTO DE FONDO.

El Consentimiento.....22

Fuerza.....23

Error.....24

Dolo.....28

CAPITULO SEPTIMO

DE LOS TESTADORES EN LOS TESTAMEN-
TOS.....33

CAPITULO OCTAVO

DISTINTAS CLASES DE TESTAMENTO.

Abierto y Cerrado.....41

Testamento público ante Notario....42

Testamento público ante Testigos...47

Testamento Cerrado o Secreto.....51

Testamento del Ciego.....64

Testamento del que no puede ser en-
tendido de viva voz.....65

Testamento otorgado en Pais Extran-
jero.....66

TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS.....72

Testamento Verbal.....75

Testamento Militar.....80

Testamento Marítimo.....82

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

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