



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

Y

CIENCIAS POLITICAS

1.972

“DEL TESTAMENTO EN GENERAL”

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BIBLIOTECA

ELBERTO PEÑA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

SCIB
00018398-1

23924

2

346.36
035

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR: DR. MANUEL RAMON NAVARRO PATRON

SECRETARIO GENERAL: DR. ALVARO BARRIOS -

ANGULO.-

DECANO DE LA FACULTAD: DR. PEDRO PACHECO

OSORIO.-

SECRETARIO DE LA FACULTAD: DR. JULIO VA -

RELA ESCUDERO.

1.972

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. RAFAEL H. DE LAVALLE G.

EXAMINADORES:

DR. RAUL H. BARRIOS

DR. VIRGILIO ESCAMILLA T.

DR.

DEDICATORIA:

A LA MEMORIA DE MI PADRE, DR. : ELBERTO PEÑA
SAUMITT, COMO SINCERO TESTIMONIO DE SU SA -
GRADO RECUERDO.-



A MI MADRE, BELIA PAOLA VDA. DE PEÑA, COMO -
LA MAS DICINTE DEMOSTRACION DE CARIÑO Y AGRA
DECIMIENTO, POR SUS ABNEGADOS SACRIFICIOS POR
MI EDUCACION Y RETRIBUCION SINCERA DE SU AMOR
Y GENEROSIDAD.-



" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN LA TESIS;-
TALES OPINIONES DEBEN SER CONSIDERA-
DAS COMO PROPIAS DE SU AUTOR ".

(ART.: 83 DEL REGLAMENTO).

DEL TESTAMENTO

ORIGEN.- La doctrina tradicional dice que en el antiguo derecho indú no se conocía el testamento, el derecho Ateniense lo prohibía de modo absoluto hasta Solon, quién lo introdujo para el caso de que no hubiera hijos legítimos. El testamento estuvo prohibido é ignorado durante largo tiempo en Esparta, y solo se autorizó con posterioridad a la guerra del peloponoso.

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

ETIMOLOGIA.- Acerca de la etimología de esta palabra discútese por los autores. Según Servio Sulpicio, de quien lo tomó Justiniano, seguido por Alfonso el Sabio en las Partidas, procede de testatio mentis, en sentido de testimonio de la voluntad, etimología que hizo fortuna por relacionarse con la definición de Ulpiano: mentis contestatio; pero como observa Girard, esa etimología es un mero jurgo de palabras. Mas valor tiene la de testibus mentis, que se apoya en la consideración de que siempre y desde un principio fué el testamento una declaración hecha ante testigos que, en el origen tenían un papel de colaboradores.

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 uno 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 ésta (res sua), admitiéndose la facultad de disponer de éstas para después de la muerte. La transformación de la propiedad es puramente individual -- trajo consigo la libertad de testar y acabó de dar al testamento el carácter que hoy tiene, si bien por los abusos que se cometieron fué necesario limitar aquella libertad, aunque conserva el testamento su carácter como acto de disposición mortis causa de los bienes que el testador podía transmitir.

Esta evolución está comprobada por la historia del derecho y la legislación comparada. En la legislación arcaica la función del testamento se llenó imperfectamente por otras instituciones, de las cuales el testamento se 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 familia de este (Derecho sálico, ripuario, lombar-

do, etc.); 3o. designación de un intermediario que recibía los bienes en vida del testador con el encargo de transmitirlos después de la muerte de éste a otra persona (Derecho romano, hebreo, musulmán, etc.); 4o. liberalidades de cosas particulares, no recayendo sobre el conjunto del patrimonio, que por costumbre podía hacer el jefe de la familia al morir, ordenando al heredero que la realizase (Derecho judío, Derecho indígena en la alta edad media), 5o. contratos con alcance sucesorio (interdenaciones de la edad media y donaciones reservato usufructo). 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 a disponer el jefe de la familia de los bienes en algún modo. Así, entre los hebreos, á pesar de la institución del jubileo, que tendía a conservar los bienes en la familia, por lo cual cada cincuenta años volvían a la que habían sido atribuidos en el primer reparto el padre de familia podía durante su vida hacer la distribución, como en la India, en la cual se daba siempre una porción mayor al hijo primogénito ó al preferido, que debía continuar la familia.

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

CONCEPTO.- El testamento suele definirse como la "declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte". De donde se desprende que el testamento es á la vez acto jurídico-

y manifestación de la voluntad, y no se limita á la disposi-
ción de bienes, pues versa también y puede versar sobre las
obligaciones y los derechos transmisibles del testador. Siem-
pre y en todas partes se admitió y admite que el que carece
de bienes puede ordenar su voluntad para después de la muer-
te, adoptando ciertas disposiciones, como el reconocimiento
de un hijo ilegítimo ó el nombramiento de tutor.

CARACTERISTICAS.- Es un acto mortis causa, pues no surte -
efecto alguno hasta después del fallecimiento del --
testador, no confiriendo derecho alguno actual al designado--
en él como sucesor (que hasta puede ignorar esta designación),
sino sólo una mera expectativa. Es unilateral, pues no con-
tiene más que la declaración de una voluntad, de una perso-
na (pues aunque han existido los testamentos llamados conjun-
tos y de man común, 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 testa-
mento acto unilateral, claro está que éste ha de poder variar
se hasta el momento de la muerte, y de ahí que el testamento--
no sea sólo un acto de voluntad, sino de última voluntad; y -
en esto suelen los expositores fundar la revocabilidad, pues,
dicen, si el testamento no fuese revocable no sería un acto -
de última voluntad. Es un acto solemne, es decir, rodeado de-
ciertos requisitos externos ó formalidades que han de ser los
necesarios para probar en su día la voluntad del testador de-

una manera auténtica, siendo este carácter reconocido en todos los tiempos y por todas las legislaciones, para evitar - en lo posible la suplantación de la voluntad, relativamente-fácil en la hora de la muerte, en la que los sentidos se debilitan.

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

NATURALEZA.- Modernamente se ha sostenido por diversos auto-

res que el testamento tiene naturaleza contractual, -- es contrato; GABBA sostiene que es un contrato en que la sociedad está representada por el heredero; THIERS, dice que es una donación; FILDERMANN, lo define como un contrato ó causa de muerte, por el cual una persona trasmite gratuitamente su patrimonio a otra; MENDIZABAL, sostiene que la fuerza del testamento se deriva del hecho de la aceptación por el heredero. COGLIOLO sostiene que el testamento no tiene naturaleza contractual, por muchas razones dentro de las cuales se destacan la revocabilidad por parte del testador, faltando en él todo-convenio, lo mismo que la obligación recíproca que todo contrato supone. Además, el contrato da desde luego al otro contratante algún derecho y el testamento no otorga al heredero-derecho alguno actual, sino una mera expectativa que depende-

11

de la voluntad del testador.

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

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

mento, y que, a la manera cómo 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 LEMINIER que el testamento es un acto necesario á la libertad humana - y a la dignidad del padre y necesario para la obediencia de los hijos, y BENTHAM, que es un instrumento puesto en manos de los individuos para prevenir calamidades privadas y aun - puede ser considerado como instrumento de autoridad confiado á los padres para estimular la virtud y reprimir el vicio en el seno de la familia.

CAPITULO II

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO

NOCION.- Los jurisconsultos romanos no trabajaron una definición del testamento en el estado que éste alcanzó en el Derecho nuevo. ULPIANO y MODESTINO se limitaron á reproducir ciertas fórmulas del antiguo Derecho cuando ambos concebían que el testamento es una expresión solemne de última voluntad. En el Derecho romano imperial y en el justiniano el testamento es un acto más o menos solemne, de última voluntad, por el que se instituyen uno o más herederos directos, lo que hace diferenciarlo con el fideicomiso universal.-

CARACTERES.- Se deducen del concepto que acaba de formularse, y son:

1o.- Ser un acto solemne, en el sentido de que en el antiguo Derecho estaba rodeado de fórmulas y ceremonias, y siempre debió hacerse de tal modo que constituyese una prueba clara y perpetua de la voluntad del testador.

2o.- Ser personalísimo, pues, como nadie puede querer por otro, nadie podía testar por otro, no reconociendo el Derecho romano validez a las instituciones de heredero hechos por mandatario o tercera persona.

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

ORIGEN.- No está todavía muy claro el origen del testamento en Roma, la tradición presenta ya á ACCA LAURENTINA, la su - puesta nodriza de Rómulo, testando en favor del pueblo Romano; pero esto no pasa de ser una leyenda. Mientras existió en Roma el régimen de la comunidad agraria no debió de existir ni siquiera sucesión mortis causa, pues la propiedad pertenecía al clan y era intransmisible. Instaurado el régimen de la propiedad -- familiar (heredium), cupo ya la transmisión mortis causa, pero por reglas superiores a la voluntad de los particulares, en -- virtud de las costumbres, y, por tanto, sólo 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 disposición de bienes, pues la sucesión hereditaria no tenía tanto el fin de transmitir éstos, como transmisión del conjunto de poderes que constituían la potestad soberana del pater familias, es decir, la soberanía sobre la familia, concebida ésta como organismo político y religioso, debien -- do toda la familia continuar unida bajo el poder del jefe -- designado por el difunto, y por eso la voz sucesión indica el entrar en el lugar de otro en una carga, en el ejercicio de -- un poder; más adelante resaltó la importancia de la transmi -

14

sión de bienes y se hizo el testamento per aes 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 o legatario, y de la que se tenía para ser testigo de un testamento, capacidad ésta última que en un principio fué colaboradora y luego meramente expectativa.

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

Para los Romanos no podían otorgar testamento los incapaces de derecho y de hecho; los primeros recibían éste nombre cuando le faltaba uno de los tres elementos de la capacidad: Libertad, ciudadanía y familia, los segundos cuando faltaba la capacidad intelectual o de ejercer el comercio. Dentro del primer grupo se encontraban los esclavos (no tenían capacidad para ningún acto jurídico), los extranjeros (incapaces absolutos), los alieni-inris (no tenían bienes propios), los ciudadanos que caían prisioneros del enemigo (se consideraban esclavos); entre los incapaces de hecho estaban, los impúberes, fuesen hombres ó mujeres (acerca de la pubertad se llegó á fijar el límite de 14 años de edad para los hombres y doce para las mujeres); los locos, pero si tenían intervalos lúcidos podían hacer testamento durante ellos; elpródigo, pues en el Derecho clásico le está prohibido ejercer el comer-

cio; el sordo y el mudo (no el ciego que siempre pudo otorgar testamento).

FORMAS DE TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.- El testamento en -

Roma podía ser público o privado, según que se declarara o nó la última voluntad ante una autoridad pública, la cual levantaba acta de ello, conservándola en su archivo. Esta autoridad fué al principio la curia, y después también el presidente ó gobernador de la provincia, que era el juez ordinario, - por lo cual también se dió a éste testamento el nombre de judicial.

Los testamentos privados, se dividían en ordinarios y - extraordinarios; los ordinarios eran el oral y el escrito, y - en cuanto a ellos existían requisitos comunes a los dos y especiales de cada uno. Los requisitos comunes a los dos eran: 1o. Presencia de siete testigos capaces y rogados. La rogación consistía en que el testador los llamase especialmente, invocando su testimonio para que autorizasen el testamento y que ellos - accediese voluntariamente.- 2o.- Unidad de acto, la cual comprendía en sí la unidad de contexto, la unidad de tiempo y la - unidad de lugar. Los requisitos especiales eran en el ordinario, si era oral, manifestación de voluntad ante siete testigos rogado y reunidos, observándose la unidad de acto; si era escrito, escribirlo el testador por sí mismo ó por mano de - otra persona, aunque ésta fuese uno de los testigos ó un esclavo ajeno o propio; pero no por manos del heredero por prohibirlo el senado consulto Liberlandino.- Los testamentos privados - - - extraordinarios, se clasificaban en especiales y privilegiados.

Los primeros atendían a la situación especial en que el testador se encontraba, y el segundo, a la clase social a que el testador pertenecía. Entre los primeros se encontraban el del ciego, del sordomudo, el hecho en el campo, en tiempo de peste, etc.; entre los privilegiados, el más importante era el de los militares.

CAPITULO III

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMANICO Y CANONICO

NOCION.- Los germanos 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 y las leyes propiamente bárbaras no la mencionan, empleando la voz testamentum 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, por lo que a la muerte del jefe pasaba la administración al que le sucediese en la dirección del grupo familiar. Incluso los bienes adquiridos muebles iban a los hijos que sucedían siempre de pleno derecho, no siendo necesaria la adición voluntaria de la herencia.

Sólo el que carecía de descendientes podía nombrar heredero a un extraño, recurriendo para ello al procedimiento de la adopción, colocándolo en lugar de hijo, por la entrega de la espalda hecha por medio de un tercero, con ciertas fór-

mulas y ante la 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 adquiridos por él que no fueran procedentes de sus ascendientes. En un principio estas donaciones fueron irrevocables, sin duda por influencia del Derecho Romano.

INTRODUCCION DEL TESTAMENTO EN LOS PUEBLOS GERMANICOS.- Por lo -

que antecede se comprende que al decir Tácito que los germanos no conocían el testamento, se refería al que en su tiempo se practicaba en Roma; pues la idea de él iba sufriendo entre aquéllos una evolución parecida a la que hubo entre los romanos. Es probable que los germanos habrían llegado por sí solos, en más ó menos tiempo, a resultados parecidos a los que en Roma se obtuvieron; pero la evolución se precipitó por virtud de la convivencia con los vencidos. Estos, que siguieron rigiéndose por su propio derecho, continuaron practicando el testamento, en la forma que entre ellos tenía, 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 liberalidades piadosas como medio de expiar los pecados cometidos, generalizándose las manumisiones por este medio y los legados a las iglesias y los establecimientos piadosos. Los cruzados y los peregrinos otorgaban muchas veces testamento disponiendo de sus bie -

18

nes para el caso de que no volvieran de la cruzada ó de la peregrinación.

CAPITULO IV

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 vio 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: voluntatis nostrae iusta 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 en el 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 él mientras viva.

Según las definiciones antes expuestas, el testamento es la expresión legítima de nuestra voluntad, y por aplicación a estas definiciones nula seran todas las dispo-

siciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona. Así, lo estatuye el Art. 1059 del Código Civil Colombiano.

El que el testamento sea un acto de una sola persona, tomando el vocablo "acto" como equivalente de negocio, no sería incompatible con que un mismo instrumento otorguen dos o más personas su testamento; pero la ley colombiana variando el derecho antiguo, ha prohibido también esto, por lo cual un instrumento no sirve sino como expresión de la voluntad de un otorgante, bien claro se ve, que la voluntariedad es completa, porque la voluntad del otorgante es suya exclusivamente, y no consecuencia o condición de la voluntad de otro.

Desde dos puntos de vista suele pues definirse el testamento: Como acto jurídico y como manifestación de la voluntad. Tanto en uno como en otro caso la generalidad de los autores y de los Códigos limitan su alcance a la disposición de bienes para después de la muerte del testador. Semejantes modos de definir el testamento son incompletos ó inexactos. 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 los derechos 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, puede apreciar claramente mediante el reco-

nocimiento de un hijo ilegítimo o el nombramiento de tutor; además de que si existen bienes, estos se transmiten con las obligaciones que pesaban sobre el causante de la sucesión.

Constituído el testamento como declaración legal de última voluntad para disponer de bienes después de la muerte, no toda manifestación de voluntad para después de la muerte sobre tales casos, constituyen un verdadero testamento, pues para ésto se precisa que esa manifestación reúna ciertos caracteres esenciales, que han de reflejarse en la definición para que ésta exprese la naturaleza del acto jurídico en que el testamento consiste.

Dentro de esos caracteres es desde luego, el de ser un acto Mortis Causa, de modo que esa disposición de última voluntad no empiece a tener efecto, sino después de la muerte del testador. La voluntad del testador es el alma de su testamento, así como la voluntad del legislador es el alma de la Ley, y debe respetarse hasta en las expresiones ambiguas que la oculten, sin que causen obstáculos alguno a su cumplimiento, las nubes en que esté envuelta, siempre que de algún modo pueda descubrirse y conocerse. Las leyes civiles de todas las Naciones, después de fijar el derecho de propiedad y de hacerlo comunicable mediante los contratos, lo hicieron también transmisible en el instante de la muerte, habriendo así la puerta a los testamentos, de modo que no contentas con determinar a quién habían de pertenecer los bienes vacantes, han permitido al hombre determinarlo por sí mismo, para-

que mediante la justa distribución de su hacienda pueda recom- pensar a unos, castigar a otros, alentar a los que inclinan al bien, y dar consuelo a los que experimentan las desgracias de la naturaleza o los reveses de la fortuna.

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

Pero la Ley, solo dá valor a la declaración de una sola voluntad, así lo estatuye el Artículo 1.059 del Código Civil-- cuando advierte: "El testamento es un acto de una sola persona. Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamen-- to otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en bene- ficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona".

Se prohíben, pues, los testamentos colectivos o mancomu- nados, es decir, los hechos colectivamente por dos o más perso- nas. Así como sería inexistente el testamento colectivo que ma- rido y mujer hicieran en la distribución de sus bienes en fa- vor de sus hijos. La prohibición de todo testamento colectivo-- se debe a que si uno de los otorgantes revoca, suele que dar -- sin fundamento el otorgado por el otro u otros. Con todo, esta prohibición no se opone a que dos personas se instituyan mutua- mente herederas, con la condición de que cada una haga su tes- tamento por separado, ni tampoco a que marido y mujer disponga

de sus bienes en favor de sus hijos con el mismo requisito.

Es un acto revocable, por que conteniendo el testamento la voluntad de las personas para despues de la muerte,-- y siendo la voluntad esencialmente variable y el testamento-acto unilateral, ha de poderse variar hasta el momento de la muerte, de ahí que el testamento no sea un acto de voluntad sino de última voluntad; en este aspecto del testamento suelen los expositores fundar la revocabilidad del testamento, puesto que si el testamento no fuese revocable, dicen,-- no sería un acto de última voluntad.

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

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

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

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

De conformidad con el artículo 1.270 C.C. el testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino - por la revocación del testador.

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

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

Atendiendo a los términos del artículo transcrito, pode mos decir que los testamentos otorgados con el lleno de los- requisitos para su válides, pueden quedar sin efecto en todo o en parte. En el todo, cuando el testador por medio de un - testamento posterior dice que revoca el testamento que antes había otorgado; y es parcial, cuando solo se revocan alguna- o algunas de sus cláusulas, quedando vigente las demas.

Es indispensable, dice el legislador, que el testador - conserve la facultad de testar para que pueda revocar su tes tamento de una manera eficaz, ya que la revocación es tambien un acto de última voluntad, porque por medio de ella se impi- de que la voluntad ya manifestada produzca efecto.

Y el artículo 1.271 agrega: el testamento solemne puede - ser revocado expresamente en todo o en parte, por un testamon- to solemne o privilegiado.

Pero la revocación que se hiciera en un testamento privi--

legiado caducará con el testamento que la contiene, y subsistirá el anterior.

Con el fin de evitar fraudes y prevenir litigios, ha querido la ley que la revocación expresa se haga en instrumento público, como garantía de la seriedad y espontaneidad del acto.

Además, se observa en este artículo, no es menester que el testamento que contiene la revocación sea de la misma clase del testamento revocado; suficiente que aquel sea válido según su especie.

Si el testamento que revoca un testamento anterior el revocado a su vez, no revive por esta revocación el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria. "Artículo 1.272 del C.C."

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

Otro carácter del testamento es el de ser un acto so

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

Mientras que no esté revocado se presume que el testador persevera en la misma voluntad.

El testamento según el artículo 1064 del Código Civil es solemne y menos solemne, testamento solemne es aquel en que se han observado todas las formalidades o 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, determinadas expresamente por la ley.

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

Formalidades éstas que tienen su fundamento en la ne

cesidad, de proteger al interesado contra su propia irreflexión o precipitación y no quede expuesto a que se desvíe su verdadera voluntad por acechanzas de influencias ajenas, y alejarse -- del baluarte que el legislador ha querido crear en contra de -- falsedad y válidez de disposiciones premeditadas y poco serias, de ahí su carácter de solemne que le da la ley siempre que este provisto de las formalidades establecidas por ella.

No ha querido la ley establecer diferencias en el contenido del testamento respecto a los conceptos de solemnes y menos-solemnes, sino las circunstancias especiales en que se encuen - tra el testador, como lo dice el artículo mencionado, determina das expresamente por la ley, es el caso de peligro inminente en la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otor gar testamento solemne.

Según el artículo segundo de la ley 95 de 1.890, el acto -- testamentario en que se omitiere cualquiera de las formalidades-- a que deba respectivamente someterse el testamento, no tendrá -- valor alguno.

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

La prueba de la observancia de las formalidades prescritas-- para la válidez de un testamento, debe resultar del testamento - mismo y no de los otros actos probados por testigos, así por -- ejemplo, si el testamento no fué leído por el notario, o fué -- leído pero no estaban en ese momento presentes los testigos, o -

solo estaban presente dos, cualquiera de estas omisiones es irregular, desde luego que la Ley manda que la lectura del Testamento abierto se realice en un solo acto sin solución de continuidad, en presencia del testador y tres testigos. Mal podrían por consiguiente suplirse por pruebas extrínsecas.

CAPITULO V

ELEMENTOS DE FONDO EN EL TESTAMENTO

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

El Código sienta en su artículo 1.061, una regla general, y es la de que todos tienen capacidad para testar, excepto aquellas personas a quien la Ley se lo prohíbe expresamente; así es que, para que a una persona se le niegue el Derecho de testar, es preciso constatar que ella se encuentre en alguno de los casos determinados en dicho artículo.

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

Como se ve, nuestro Código esta diametralmente opuesto en lo que a capacidad se refiere con respecto al Derecho Romano, en que la factio testamenti activa constitui excepción porque de ella no gozaban sino las personas a quienes

la otorgaba la ley.

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

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

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

El Código desde un comienzo, señaló la edad de la pubertad como la mínima de la testamentificación, siguiendo a las siete paridas, que a su vez la tomaron del derecho romano.

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

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

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

Si se analizan los Códigos extranjeros, se verá, que es-

tos, fijan, por regla general, la de dieciseis años, en cuyo período ya se tiene más desarrollo intelectual, y se comprende con más facilidad el acto importante que va a realizarse. En consecuencia no se cree acertado, por las razones expuestas porque generalmente en esa edad es siempre fácil se ejerzan sugerencias en los menores que difícilmente podrían probarse más tarde.

Otro dice lo siguiente: A pesar de todo, creemos que el Código exagera y que la pubertad es un límite muy bajo. Algo se perdió de vista la importancia del acto testamentario en sí, y mucho el interés de la familia, base de la sociedad, y aunque es cierto que las restricciones a la libertad de testar, las asignaciones forzosas, eliminan la posibilidad de un grave atentado contra los intereses familiares, siempre subsiste razón para exigir mayor discernimiento. 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 testa. Los dieciocho años que propuso Bello, o por lo menos los dieciseis del Código Francés, sin las restricciones que este pone, podrían haberse adoptado.

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

Sin embargo hay algunos que a pesar de no estar entredichados no pueden testar, como son los ebrios los que pade-

cen de fiebre delirante, etc.etc. pero todos ellos, como lo dice el Código, en el momento de estarlo.

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

Por último: "todo el que de palabra o por escrito no - pudiere expresar su voluntad claramente".

Se comprende facilmente que siendo el testamento acto de última voluntad, muy lógico es, que para que esto se pueda efectuar debe el que testa manifestar su determinación o indicar la forma como se reparten sus bienes al Notario y a los testigos que solemnizan el acto, y la única manera de hacer esto, es por medio de la palabra o por escrito, ya que no es suficiente signo de afirmaciones.

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

El sordomudo, como el demente, puede ser colocado en -- interdicción, pero la incapacidad del primero no es igual a - la del segundo, porque la inhabilidad contemplada en el pá- grafo 1o. del artículo 1504 del Código Civil, no se refiere - al sordomudo que aprende a escribir y a leer, porque el sordo mudo en estas condiciones, de hecho recobra su capacidad ple- na, y es oido si pide se levante el entredicho.

De modo que el sordomudo, aún estando vigente el decre-

to de interdicción, si sabe leer y escribir, al otorgar tes-
tamento, hace éste válido. 31

Pero en cambio tratándose de un sordomudo atrasado men-
tal como consecuencia de la deficiencia sensorial de su sor-
dera, el sordomudo en estas circunstancias podría, entonces,
la educación permitirle adquirir el progreso necesario para
tener vida civil, pero aun ateniéndose su capacidad general,
en el sordomudo subsistiría siempre ancho fundamento para es-
tablecer la inhabilidad especial a la testamentificación.

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

Así pues, que la norma que ordena, que el sordomudo --
iletrado muera intestado, permanecerá firme por estos tiem-
pos.

Verificado el análisis de las prohibiciones que el artí-
culo 2.061 trae, conviene averiguar en qué momento, en qué --
tiempo ha de existir la incapacidad para que el testamento -
no sea válido.

Nuestro Código se ha distanciado del principio que ins-
piraba la legislación romana: distinta la idea de la facul -
tad de testar, distinto los móviles del testador, no viendo,-
como el romano, en el testamento un acto público, sino privado,
y no siendo ya el legislador sino el propietario, el que dis-
pone de sus bienes.

El derecho romano distinguía dos tiempos en lo que a ---

testamento se refiere: el uno se relacionaba con el derecho; el otro con el ejercicio de ese mismo derecho. Para otorgar el testamento era indispensable, como dice un gran romanista, la atribución legal del derecho y la capacidad de ejercerlo; faltando una u otra, el testamento era nulo; pero una vez válido el testamento podía cesar la capacidad del testador, como por volverse loco, y morir en ese estado, más no así respecto a la atribución legal del derecho; y como el testamento no se hace para que surta efecto en vida, sino después de la muerte del testador, de aquí que no era válido; esto es, no podía ejercerse ese derecho por la enfermedad sobrevinida después de otorgado. Por último, en el tiempo intermedio entre el en que se otorgaba testamento y la muerte del testador, había de ser éste capaz; de aquí la regla general para regular la capacidad del testador, exigiéndose ésta al otorgarse el testamento, al morir el testador y en el tiempo intermedio. La capacidad de ejercer el derecho, continúa diciendo, no se exige sino en la primera de estas épocas, es decir, cuando se verifica la formación del acta; pero el derecho en sí mismo se exige en todos los tiempos, sin interrupción, desde el testamento hasta la muerte.

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

artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de ³³ existir la causa.

Y por el contrario, el testamento válido no deja de ser lo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas -- de inhabilidad, así lo predica el artículo 1.062 del Código -- Civil.

CAPITULO VI

SEGUNDO ELEMENTO DE FONDO-EL CONSENTIMIENTO

El segundo requisito para que una persona se obligue es -- el consentimiento, conviene observar, que no es lo mismo falta absoluta de consentimiento que consentimiento viciado. Hay lo -- primero, falta de consentimiento cuando este se presta por personas incapaces, sobre todo si son personas incapaces absolu -- tamente. Hay lo segundo, consentimiento viciado, si este es de una persona capaz que no proceda libremente por error, fuerza -- o dolo.

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

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: -- error, fuerza o dolo, según el artículo 1.508 del Código Civil -- Colombiano.

Esto porque el consentimiento para ser válido exige el co

34

nocimiento de lo que se hace. Puede faltar el consentimiento, o porque se ignora la verdad de las cosas, como en el error-- y el dolo o porque aunque se conocen se carezca de libertad -- para resolver lo que se quiera como en la fuerza.

ERROR.-- El error consiste en creer verdadero lo que es falso lo que es verdadero. Savigny dice que el error es la falsa noción que tenemos de una cosa. Lo más grave del error-- es la ignorancia, que no es otra cosa que la falta absoluta de toda noción. En derecho los efectos de la ignorancia son, en -- general, los mismos que los del error, que también puede decir se que es la falta de conformidad entre la idea que tenemos -- de una cosa y la cosa misma.

El error puede referirse a los hechos que forman el -- lazo jurídico entre las partes, o a la ley que lo regula. Se -- gún jurisprudencia de la corte dice: "El error en materia jurídica puede ser de dos clases: de hecho y de derecho. El primero es la noción o creencia equivocada que uno, tiene de que una co sa ha sucedido o que no ha sucedido; el segundo es la noción --- equivocada que uno tiene de las disposiciones de la ley".

El error de derecho conforme al artículo 1.509, sobre -- un punto de derecho no vicia el consentimiento.

La doctrina del error en lo que se refiere a testamento es mas sencilla que la que se refiere a los contratos.

En lo que se refiere al testamento se resume a lo prescrito en el artículo 1.117 del Código Civil, que dice: La asigna ción que pareciera motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiere tenido lugar, se tendrá-

por no escrita". La causa que es el motivo que induce al acto o contrato, y que siendo un requisito de fondo, para la validez del testamento se tratará más adelante sobre ella.

El principio de nuestro Código Civil, acerca del error de derecho, no es universalmente reconocido; así por ejemplo, el Código Francés no sienta regla general sobre el asunto, -- por lo cual la jurisprudencia acepta que ese error vicia el consentimiento en los mismos casos en que lo viciaría si fuese error de hecho. Sabido es que en la legislación romana la ignorancia de ley podía ser alegada por los menores, las mujeres y los militares. Pero la razón en que se fundamenta el principio de nuestro Código, es muy lógica, porque se encamina a dar firmeza y seguridad a los actos y contratos; porque si un error de derecho, es decir, la ignorancia de que exista una disposición legal o que se le interprete como no debe ser, fuese motivo para rescindir aquellos, es claro que los contratantes quedarían expuestos a litigios frecuentes, pues nada más fácil que justificar errores de derecho. Estas consideraciones por ser de orden público mira al bienestar social y no al interés individual, que sería el caso de proteger, a quien ha incumplido lo pactado, por entender en una forma distinta a lo estipulado por la ley, produciéndose en los juzgados congestiones por negocios que no terminarían nunca.

De modo que, verificado un contrato, se cumple 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 con

sentimiento, lo vicia, porque es de suponerse que este no se habría dado sin intervenir el error, y puede referirse tanto a las cosas como a las personas.

Respecto de las cosas, según el artículo 1.510 del Código Civil, "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 entiéndese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entiéndese vender cierta cosa determinada, y el comprador entiéndese comprar otra.

En cuanto a la identidad de la cosa que trata la segunda parte de este artículo, contiene una doctrina relacionada con el testamento y es el inciso 1o. del artículo 1.117 que es del siguiente tenor, "La asignación que pareciere motivada por, un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar se tendrá por no escrita".

Respecto a las personas a este error se refiere el artículo 1.512. "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 1o. de este artículo establece como regla general, que el consentimiento no se vicia porque haya error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar. Esta regla es lógica, porque en el mayor número de casos se contrata teniendo en cuenta un resultado y no una persona. Así que lo mismo es com

prar una cosa a Guillermo que a Gilberto.

Sin embargo, esta regla tiene como excepción lógica también, el caso a que se refiere el mismo inciso lo. citado, -- porque en este caso los contratos se celebran principalmente -- en consideración a la persona *intuitu personae*, es el caso relacionado con el testamento en que se mira tanto la consideración de la persona como se ve claramente en el artículo 1.116 que dice: "El error es el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiese duda acerca de la persona.

La corte ha hecho esta interesante aplicación: "Si el testador, en una de sus cláusulas testamentarias, instituye como único y universal heredero a su hijo natural, cuyo nombre dá -- y ha citado en otras cláusulas, y añade: a quién de consiguiente reconoce como tal y le confiere el 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 argüirse que la cláusula es indivisible, y que si una parte es nula la otra debe seguir la misma suerte; ella consta de dos actos de voluntad: la institución y el reconocimiento, que deben considerarse por separado.

Por otra parte, el error es la calidad del asignatario no vicia la disposición cuando no hay duda acerca de la persona.

LA FUERZA. -- La fuerza o violencia, consiste en vías de hecho con

tra una persona o en amenazas a ella para lograr su consentimiento que no quiere dar. Obra, pues, la violencia por el --- terror que inspira. Viciando el consentimiento como es claro, la

ley no puede declarar válidos los actos y contratos en que intervenga.

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

Es pues justo que la ley permita a la víctima de la violencia libertarse de la obligación que esta le haya puesto.

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

Suministra el derecho de las obligaciones una pauta para medir la fuerza bastante a dañar el consentimiento. "La fuerza no vicia el consentimiento, dice el artículo 1.513, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este genero todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal inmejorable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumision y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

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, Art. 1.513 - 2o.

Las consecuencias de la fuerza que interviene en la testamentificación es mas rigurosa que las causadas 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. Sobre todo la ley que reque el acto testamentario, considerado como un indivisible todo, sea nitido, espejo de la mas libre expresión de la voluntad.

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

EL DOLO. 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 quién dá su consentimiento partiendo de ciertas bases, que luego resulta no ser verdaderas 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 en la sociedad.

El inciso último del artículo 63 del Código Civil dice: - "El dolo consiste en la intención positiva de inferior injuria a la persona o propiedad de otro".

Es oportuno, conceptuar con respecto al testamento, ya que en lo referente a dolo en nuestra legislación no hay nada en especial que se refiera al testamento por ser este un acto de tanta consideración con respecto a las demás manifestaciones de la voluntad. Solo tangencialmente lo abarca, puesto que no hay lugar a distinguir en los testamentos como en los demás contratos, si el dolo es de una de las partes o de un tercero; siempre, en consecuencia provendrá de un tercero; y el dolo mas frecuente en el testamento es el proveniente de maniobras producidas sobre la voluntad debil de una persona induciendola a efectuar una liberalidad testamentaria, que no siempre constituye causal de invalidez, sino cuando es resultado de maquinaciones destinadas a producir un error de los que vician el consentimiento.

Otra de las características del dolo es el de no presumirse por ser la buena fe 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 es que quien se queja de dolo, debe probarlo por los medios que sean posibles, aun con declaración de testigos y con simples presunciones.

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 sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

El objeto pues es la materia sobre que recae la obligación, luego si no 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 ver san o sobre la totalidad del patrimonio o sobre una cuota de esta universalidad, en tal forma lo establece el artículo - 1.008-lo.

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

Las obligaciones se crean para ser ejecutadas, y no es posible ejecutar aquella cuyo objeto se ignora; lo impide -- un obstáculo de hecho insuperable, y esta regla es de simple sentido como común; el artículo 1.518 requiere que el objeto de toda obligación sea determinado o determinable, dice: "No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las cosas que se espera que estan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y - que esten determinadas a lo menos en cuanto a su genero. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato - fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea fisica y - moralmente posible. Es fisicamente 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 cuota - si el testador instituye un heredero sin designarle cuota, con otros a quienes si la designa.

Se dice que una cosa esta fuera del comercio o por su naturaleza, como el aire, el mar, o por su destinación como los bienes de uso público, o porque la requieran las buenas costumbres, tal como lo estatuye el artículo 1.520 que dice: "El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona."

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

LA CAUSA.- Es la causa el último de los cuatro requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. Sobre la causa de los actos no hay la claridad deseada.

La causa es el objeto inmediato y por consiguiente esencial que nos determina a contratar; el motivo que tenemos para obligarnos, pues nadie se compromete a dar, hacer o no hacer alguna cosa sin razón, en suma la causa es el por qué 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 contratar, es decir, que la causa de la obligación para el vendedor es la adquisición del precio de la cosa vendida, y para el comprador, la adquisición de dicha cosa; por ser esos respectivamente, los motivos inmediatos que los contratantes tuvieron para celebrar el contrato, sin que deban tenerse en cuenta los motivos media-

tos de la obligación de cada parte".

Dentro de los tratadistas anticausalistas, es Planiol quien ha combatido con fuerza la teoría de la causa considerada por él como falsa ó inútil, considera -- Planiol que al querer distinguir la causa del motivo --- con respecto a una donación, no han encontrado mas que - la voluntad de donar, considerada de una manera completamente independiente de los motivos que la han hecho nacer, que una voluntad desprovista de motivo es nada. "--- "Para conocer la causa de una donación, ha de averiguarse por qué 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 su artículo 1.524- 2o. Se entiende por causa de motivos que induce al acto de contrato; - y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria - de las buenas costumbres o al orden público.

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

En consecuencia, la causa de las liberalidades testamentarias es el motivo impulsivo y determinante que tuvo - el testador.

CAPITULO VII

DISTINTAS CLASES DE TESTAMENTOS TESTAMENTOS ABIERTOS Y CERRADOS.-

Se dijo que los testamentos son siempre solemne, pero no siempre, porque unas veces es mas solemne que otras, esto se ve claramente en el tenor del artículo 1.064 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 circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley".

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

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

Fluye la necesidad de abandonar fórmulas solemnes --

que si en un tiempo fueron rigurosas, hoy pasan a ser arcaicas o impropias.

El testamento solemne es abierto o cerrado; sigue diciendo el artículo. "Testamento abierto o nuncupativo es aquel, en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, y al Notario cuando concurren; 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 éste, son igualmente eficaces, como actos de disposición de última voluntad. Capaces de otorgar testamento público son todas las personas que puedan hacerse entender de viva voz aunque no sepan leer ni escribir.

Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto mediante el cual el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario y a los testigos, se traduce siempre en una seremonia a la que asisten testador, Notario y los tres testigos. Ejecutada la presencia de estas personas, el Notario da lectura al testamento en alta voz de manera que todos lo oigan, no es necesario que el disponente escriba por si mismo, ni tampoco necesario que dicte; porque puede tenerlo escrito previa

mente, así lo estipula el párrafo 1o. del artículo 1.074 del Código Civil.

Esta lectura se realiza en un mismo acto contínuo - respecto al tiempo y respecto a las personas, por ser el testamento un acto indivisible, esto es, que un mismo -- Notario y unos mismos testigos esten presentes y a la - vista del testador; rompiéndose la unidad del acto en - caso de cambiarse algún testigo o comenzarse la lectura un día y terminar en otro o escucharse la lectura por un testigo y despues por otro.

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

Testamentos hubo que por haber el Notario omitido -- en ellos la expresión de que los testigos "vieron al testador", fueron atacados de nulidad, dando lugar a pronunciamientos contradictorios. En unos casos, negativos de - tal pretensión, porque diciendose en la escritura que -- ella fué leída al otorgante en presencia de los testigos, mal han podido éstos escuchar su lectura sin ver al mismo tiempo al testador; y en otros afirmativos de ella, por -

ser aquella circunstancia solemnidad esencial a la validez del testamento.

Traduciendo la firma con que las personas suscriben sus escritos o los actos que otorgan no solo la autenticidad del manuscrito o del documento, sino su plena conformidad con su contenido, tanto que el reconocimiento judicial que hagan de ella, confiera al instrumento privado o cuyo pié ella aparezca el mismo valor que el instrumento público, se explica la importancia que las firmas del testador, de los testigos y del Notario tienen en el testamento.

Es la prueba de la aprobación del primero, de haber sido él visto al tiempo en que el Notario le leía sus disposiciones de última voluntad y de haber escuchado su lectura de parte de los segundos; y de haber autorizado el acto con arreglo a derecho, de parte del tercero. Y dado que el testamento es un todo formalmente indivisible, la omisión de la firma de cualquiera de los que intervienen en su otorgamiento, lo vicia de nulidad absoluta. Mas como esta materia no admite la presunción que al dictar sus últimas voluntades haya el testador querido otorgar un acto vano ni los testigos concurrir a la formación de un acto inane, ni el Notario a contraer ninguna

responsabilidad por el daño que por su culpa o negligencia sufriesen los instituidos, propende la ley a que -- todo contribuya más a la válides del testamento que a su nulidad, razón por la cual que si de los tres testigos, dos de ellos no supiesen firmar, será bastante que uno por lo menos lo sepa hacer, su puesto en el cual, - debe el Notario expresar esta circunstancia en el testamento.

Condición esencial, es pues la de ser leído en alta voz, solemnidad exigida también en el derecho francés -- en su artículo 972 que preceptúa: "Si el testamento es autorizado por dos Notarios, debe ser dictado por el testador, y debe ser escrito por uno de sus Notarios, tal como es dictado. Si no hubiese sino un Notario debe igualmente serle dictado por el testador, y ser escrito por este Notario. En uno y otro caso deberá leersele a éste en presencia de los testigos. De todos estos detalles se hará mención expresa en el acto".

Del mismo tenor es el artículo 3.658 del Código Argentino. "Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos, que deben verlo".

Terminada la lectura del testamento en la forma dicha,

debe firmarlo el testador, los tres testigos y final -
mente el Notario. Al respecto el artículo 1.075 del --
Código Civil dice. "Terminado el acto por las firmas -
del testador y testigos, y por la del Notario si lo --
Hubiere.

Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se
mencionará en el testamento esta circunstancia expresan
do la causa.

Si se hallare alguno de los testigos en el mismo --
caso, otro de ellos firmará por él, y a ruego suyo expre
sandolo así.

Sobre la firma del testador en el ⁴testamento abierto
ha dicho la Corte: "Los testamentos abiertos pueden ser -
válidamente firmados por el testador con firma no entera,
con tal que sean conocidos el Notario y las demas personas
que intervienen en su otorgamiento".

"El espíritu de la ley que exige, y no como indispen-
sable, la firma del testador en el testamento, no puede --
ser otro que el de que ese documento, que ha de producir --
sus efectos despues 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 1.887, para toda clase de escrituras públicas.

Así lo explica la misma Corte cuando dice: "Al modificar el legislador la regla del artículo 2.595 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 1.887 que bastaran 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, solo, 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 aquella".

TESTAMENTO PUBLICO ANTE TESTIGOS.- El testamento público ante Notario, como se dijo anteriormente, con la presencia de tres testigos, es la forma principal del testamento abierto, nuncupativo o público; constituyéndose la forma subsidiaria, en el testamento público antetestigos sin la presencia del Notario.

Según el artículo 1071 del Código Civil, en los lugares en que no hubiere Notario o en que faltare este funcionario, podrá otorgarse el testamento solemne nuncupativo ante cinco testigos que reúnan las cualidades exigidas en este código".

Con respecto a la palabra lugares mencionada en dicho artículo, no debe entenderse como sinónimo de circuito de notaria, puesto que no habría lugar alguno donde pudiera otorgarse el nuncupativo ante testigos, y la ley quedaría sin efecto.

Otro aspecto importante de este testamento es el relacionado con su publicación, ya que esta publicación, tiende a convertir dicho testamento en instrumento público, con todo valor que la ley le reconoce, y que sin la cual sería un simple instrumento privado; así lo proclama el artículo 1077 del Código Civil que es del siguiente tenor". Si el

- 47 -

testamento no ha sido otorgado ante Notario, sino ante cinco testigos, será necesario que se 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 uno o mas de ellos no compareciere por ausencia u otro impedimento, bastará que los testigos instrumentales reconozcan la firma del testador, las suyas propias y las de los testigos ausentes.

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

Enseguida porran el juez y su secretario sus rubricas en cada página del testamento, y despues de haberlo el juez declarado testamento nuncupativo, expresando su fecha, lo mandará pasar con lo actuado, al respectivo notario, previo el correspondiente registro.

Los doctrinadores franceses enseñan a este propósito que la omisión de la fecha con indicación preci-

sa del día, del mes y del año de su otorgamiento, torna nulo el testamento, siquiera puedan ser enunciados por expresiones equivalentes a las del calendario, como por ejemplo, en el aniversario de la Independencia de Cartagena, porque supuestas tales, la fecha no sería incierta, cualquier enmienda que oscureciese la verdadera -- fecha, introduciría una incertidumbre capaz de entra -- ñar la nulidad del acto.

Es importante el requisito formal de la fecha, porque permite establecer en el supuesto de aparecer dos testamentos, cual de ellos deroga al anterior; lo mismo que si se suscitasen dudas acerca de la capacidad del testador para otorgar su testamento, serían ella despojadas -- por el día, mes y año en que lo hizo.

TESTAMENTO CERRADO O SECRETO.— El testamento cerrado sobre

el que legisla el artículo 1079 del Código Civil, es a diferencia del abierto, nuncupativo o público, exclusivo del que sepa leer y escribir. Es pues, el escrito esencial a la validez del testamento cerrado; no obstante lo cual no hace que el testador sepa escribir, con tal que sepa leer lo que otro por él y a su dictado haya escrito, como se puede ver en el parágrafo 6o. del artículo 1780 -- del Código Civil que a la letra dice: "Si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él

otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno o algunos de los testigos no supieran 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".

Esta disposición traída del Código Frances, contenida también en el Derecho Español y adaptada a nuestra legislación, es un poco inexacta, y hasta elemental; porque si el testador no sabe leer, mal podría verificar lo que a su dictado otro escribió por él, ni estar seguro de que el papel de que fuese portador para ser presentado al Notario, es contenido de sus últimas voluntades.

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

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

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

"Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera 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 podrán hacer esta declaración, escribiéndola a presencia del Notario y los testigos". (Art.1.080-1o.)

Una vez que el Notario haya recibido toda la declaración del testador de viva voz, y de manera que todos, tanto el Notario, como los testigos los oigan, procederá a escribir la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, ape

56

llido y domicilio del testador y de los testigos, y el lugar, día y mes del otorgamiento.

Esta circunstancia debe realizarse en un acto-continúo en que esten presentes las siete personas-mencionadas sin ser interrumpidas o suspendidas para realizar otro acto; esto como medida de precaución contra las substituciones fraudulentas del -- pliego a que el testamento cerrado puede estar ex- -- puesto si una vez comenzado el acto de suscripción- le fuese dado al Notario o a los testigos salir de- la sala en que se realiza la sesión, so pretexto de atender otros negocios, salvo el caso en los breves intervalos en que algún accidente así lo exigiere.

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

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

El artículo 10. de la mencionada ley dice: "Inmediatamente despues del acto en que el testador - presenta 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 nom - bre y apellido, domicilio y vecindad del testador y cada uno de los testigos; la edad del otorgante, de la circunstancia de estar en su entero y cabal juicio, del lugar de su nacimiento y la nación a que - pertenece, además, de una relación pormenorizada de la calse, estado y forma de los sellos, y descrip - ción de las señales que como medios de seguridad -- contenga la cubierta.

Verificadas las diligencias anotadas, el Notario devolverá la escritura cerrada al testador; éste la guardará o depositara en persona de su con - fianza a fin de que sea presentada a los jueces -- cuando muera y por tal testamento se rija su suce - sión por causa de muerte.

Esto constituye una grave anomalía, por cuanto es posible que el mismo testador pierda el testamen

to, o a su muerte caiga en manos de personas inescrupulosas a quienes no conviene una sucesión testamentaria y, por tal motivo, lo esconden o destruyen; o tambien porque la persona de confianza afirma que en vida, el mismo testador lo destruyó, o simplemente que lo perdió sin su culpa.

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

TESTAMENTO DE LOS QUE CARECEN DEL HABLA..- Lógica con-

secuencia se desprende del artículo 1061 del Código Civil en lo referente a la habilidad para testar, con respecto al que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente: morir intestado, es el caso del mudo, el sordo, el sordomudo, y todo aquel que no pueda darse a entender de palabra hablada, como el extranjero que ignora el español.

Pero tratándose de estas mismas personas que sepan leer y escribir podrán testar conforme a las solemnidades del testamento cerrado, por no tener acceso al nuncupativo porque de viva voz no pueden transmitir sus

pensamientos, así, lo establece el artículo del Código Civil número 1081 que a la letra dice: " Cuando el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz, solo podrá otorgar testamento cerrado.

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

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

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

60

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

Tal vez, hayan sido estas consideraciones tomadas - en cuenta por el legislador, para no permitir al ciego - hacer testamento escrito sino en la forma establecida - en el artículo 1076 que es del siguiente tenor. "El ciego sólo podrá testar nuncupativamente y ante Notario o funcionario que haga veces de tal. Su testamento será - leído en alta voz dos veces; la primera por el Notario - o funcionario y la segunda por uno de los testigos, ele gido al efecto por el testador. Se hará mención espe - cial de esta solemnidad en el testamento.

TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO.- En país extran-

jero puede testarse siguiendo las formas de los tes
tamentos solemnes de la ley positiva Colombiana, aco
giendo el principio general de derecho internacional
público Locus regit actum, que no es más que el va -
lor reconocido a los actos jurídicos realizado por -
los extranjeros cuando se amoldan a las solemnidades
externas exigidas por la ley del lugar donde se en -
cuentran. Nuestra ley, hace la excepción a dicho -
principio en ciertos casos, en que por asuntos de -
orden público la ley exige instrumentos públicos en -
ciertos casos para pruebas, que ha de rendirse y -
producir efecto en asuntos, que solo atañen al esta -
do, por no ser las formalidades prescritas por la --
ley del otorgamiento suficiente.

Fuera de reconocer este principio, el valor de -
los actos jurídicos realizados por los extranjeros --
cuando se amoldan a las solemnidades externas exige -
das por la ley del lugar donde se encuentran, tiene -
otro fundamento, cual es, el de considerar las formas
prescritas por la ley extranjera, como las mas idó -
neas, para garantizar la libre emisión de la volun --
tad declarada en el país donde imperan, fuera de la -
utilidad evidente de facilitar la ejecución de los --

actos jurídicos, que pueden realizarse en situaciones en que el extranjero no está en capacidad de conocer -- las fórmulas establecidas por su ley nacional, o en -- imposibilidad de ajustarse a esas fórmulas.

Otra manera de poder el Colombiano en país extranjero hacer valer su testamento en Colombia es sometiendo a las ritualidades sentadas en el Código Civil, -- en su artículo 1085 y que a la letra dice: "Valdrá, -- asimismo, en los Territorios el testamento otorgado -- en cualquiera de los Estados o en país extranjero, -- con tal que concurren los requisitos que van a expresarse:

- 1o.- Que el testador sea colombiano, o que si es ex -- tranjero, tenga domicilio en el territorio.
- 2o.- Que sea autorizado por un Ministro Diplomático --- de los Estados Unidos de Colombia o de una nación-amiga, por un secretario de legación que tenga título de tal expedido por el Presidente de la República, o por un Cónsul que tenga patente del mismo; pero no valdrá si el que lo autoriza es un vice-cónsul. En el testamento se hará mención expresa del -- cargo, y de los referidos título y patente.
- 3o.- Que los testigos sean colombianos o extranjeros do-- miciliado en la ciudad donde se otorgue el testamen-- to.

- 40.- Que se observen en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en los Territorios.
- 50.- Que el instrumento lleve el sello de la legación o consulado.
- 60.- Que el testamento que no haya sido otorgado ante un Jefe de legación, lleve el visto bueno de este Jefe, si lo hubiere; si el testamento fuere abierto, al pie, y si fuere cerrado, sobre la carátula; y que dicho Jefe ponga su rúbrica al principio y al fin de cada página cuando el testamento fuere abierto.
- 70.- Que onseguida se remita por el Jefe de legación, si lo hubiere, y si no directamente por el cónsul, una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al Secretario de Relaciones Exteriores de la República, y que abonando éste la firma del Jefe de legación, o la del cónsul en su caso, pase la copia al prefecto del Territorio respectivo.

No contemplado en el Código Civil la hipótesis de ignorar el testador la lengua propia, sin embargo de estar el Notario obligado a escribir sus disposiciones de última voluntad a su dictado, no excluyéndose la eventualidad de que el disponente sea un alemán, francés o un inglés, nada obsta a que de éste se haga al margen de la escritura una versión al idioma en que fué dictado, dando

se lectura de la traducción al testador.

En diversos fallos franceses han admitido que el disponente se valga de un intérprete por él elegido cuando el Notario ignora su idioma.

CAPITULO VIII

TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS

Los testamentos privilegiados son aquellos en -- que pueden omitirse algunas de las formalidades, por -- consideracion a circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley.

Ha querido el legislador facilitar el otorgamiento del testamento reduciéndolo al minimum de las solemnidades, para evitar que el testamento privilegiado -- se convierta en un acto consensual, es decir, que conste en ellos simplemente la última voluntad, apartada -- del acopio de formas simples que le son esenciales.

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

TESTAMENTO VERBAL.- Como todo testamento privilegiado -- necesita la presencia de tres testigos, siendo en

estos, menos numerosos los impedimentos; claramente se aprecia en el tenor del artículo 1088, "En los testamentos privilegiados podrá servir de testigo toda persona de sano juicio, hombres o mujeres, mayor de diez y ocho años, que vea, oiga y entienda al testador y que no tenga la inhabilidad designada en el número 8o. del artículo 1068. Se requerirá, además, para los testamentos privilegiados escritos, que los testigos sepan leer y escribir.

Bastará la habilidad putativa con arreglo a lo prevenido en el artículo 1069.

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

Con respecto a la habilidad putativa de que habla el mencionado artículo es necesario, trazar un relato-

a grandes rasgos de lo que es ella.

La ley IX, título I, partida VI, despues de enumerar las personas incapaci tadas de ser testigos, estatuye al -- final: "Pero si alguno de los testigos, que se acertaron -- cuando se hizo algún testamento, andaba en aquella sazón -- por ome libre, maguer despues fuese fallado en verdad que -- era cierto, nos embarga el testamento por esta razón".

"Cuando uno de los testigos es reputado como libre -- al tiempo de hacerse el testamento, y aparece despues que -- era esclavo, el testamento no se invalida por esta razón". Por aplicación de tan antiguo principio fue tambien admiti do en el derecho frances que la capacidad putativa suple -- a la real, como excepción a la regla según la cual deben -- los testigos testamentarios, bajo pena de nulidad, ser ca -- paces, de modo que cuando con posterioridad a la promulga -- ción del Código de Napoleon la sostuvieron como doctrina -- sus exógetas mas autorizados, se limitaron a reverdecer la -- máxima " error communis facit jus".

Traidos de estos antecedentes, es la habilidad putati va consagrada en el artículo 1069 del Código Civil Colom -- biano, con respecto al testigo que en realidad es inhabil, pero por causal de todos ignorada, se dice que tiene habi-

lidad putativa.

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

El testamento verbal no tendrá sino lugar en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que aparezca no haber modo o tiempo de otorgar el testamento solemne. (Art. 1092).

Con respecto al concepto, de peligro inminente, el legislador no solo ha querido referirse a situaciones o a estados amenazantes en que se coloque el testador, como en el caso, de un ataque cardíaco, sino también en los casos de enfermedades muy graves, que coloque al disponente en el peligro de muerte de tal magnitud, que parezca no haber otro modo ni tiempo de otorgar testamento solemne. (Art. 1092).

Al respecto ha dicho la corte; "El artículo 1092 del Código Civil, no se refiere en forma tan severa y

restringida al peligro de que habla como para considerarlo en sí mismo a la luz de un análisis ulterior frío y ajeno, sino que se limita a exigir que parezca no haber modo o tiempo de otorgarse testamento solemne. De ahí que sorteando las dificultades de uno y otro orden, se requiere que aquello parezca, al propio tiempo fija un plazo de treinta días, pasado los cuales sin haber fallecido el testador el testamento verbal no tendrá valor alguno. (Art. 1093).

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

La ejecución del testamento verbal no puede dejarse a la memoria de los testigos, por eso, es necesario formalizarlo conforme a lo ordenado en el artículo 1094, citando el juez a los interesados, residentes en el mismo circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales, y 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

69

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.

Los testigos instrumentales depondran sobre los puntos siguientes:

1o.- Si el testador aparecia estar en su sano juicio.

2o.- Si manifestó la intención de testar ante ellos.

3o.- Sus declaraciones y disposiciones testamentarias. (Art. 1095.)

La información de que habla los artículos precedentes, será remitido al juez del último domicilio, si no lo fuere el que ha recibido la información; y el juez, si encontrare que se ha observado las solemnidades, y que en la información aparece claramente la última voluntad del testador, fallará que, según dicha información, el testador ha hecho la declaración y disposiciones siguientes (expresandolas); 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 aquellas en que los testigos que asistieron por via de solemnidad estuvieron conformes. (Art. 1096).

El testamento consignado en el decreto judicial, protocolizado, podrá ser impugnado de la misma manera que cualquier otro testamento auténtico. (Art. 1097).

TESTAMENTO MILITAR.- Classis prociecta o simplemente procienc

tus, era el ejército dispuesto para el combate; de ahí la denominación de testamento in procincto otorgado por el militar ante el ejército alistado en orden de batalla y ante el último auspicio de la victoria, o sea ante el pueblo reunido bajo banderas, forma excepcional y desprovista de las solemnidades del testamento calais comitiis, concluido como todas las actos principales del derecho romano bajo la garantía pública. No fué ni pudo ser un privilegio, porque el estado militar, no existía en esa época, ya que todo ciudadano era soldado y el derecho no tenía motivos para tratarlos mas favorablemente estando con las armas en las manos, sino un testamento hecho ante el pueblo, en trance de librar una batalla. El pueblo no tenía parte en el testamento sino a título de testigo. Con la sucesión de los años y la huida del tiempo esta forma de testar cayó en desuso en los tiempos de Ciceron, luego fue restablecido, por César, e imitado éste por Tito, Domiciano y otros.

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

El derecho moderno, vaciado en los moldes del Código frances, concibe y admite el testamento militar no como un privilegio de clase, sino como forma excepcional de testar fundada en una razón de necesidad, debida a las circunstancias especiales en que el testador puede hallarse.

71

Así es como casi todos los Códigos contienen, disposiciones reguladoras del testamento militar, tal es el artículo 1098 de nuestro Código Civil que a la letra dice: -- "En tiempo de guerra el testamento de los militares, y de los demás individuos empleados en el cuerpo de tropas del Territorio o de la República, y así mismo el de los voluntarios, rehenes y prisioneros, que pertenecieren a dicho cuerpo, y el de las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los andichos podrá ser recibido por un capitán, o por un intendente del ejército, comisario o auditor de guerra.

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

Por oposición al modelo frances alusivo al paciente que está en un hospital, el nuestro omite toda referencia al sitio en que se halla. Indiferente será así que esté atendido en un hospital o en la camilla de una ambulancia, pues lo que en este caso se propone el legislador es ofrecer al paciente mayor facilidad para testar. Difiere igualmente de aquel en el nuestro no exige que el médico o cirujano sea asistido del comandante militar encargado de la policía del hospital, de donde viene que por derecho frances pueda recibirse el testamento del enfermo o herido sin la presencia de testigos, al paso que por aplicación del -

artículo 1100 del Código Civil que dice: " Para testar militarmente será preciso hallarse en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o en campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada.

No se trata entonces en expedición que se puede hacer para una maniobra de mera instrucción o adiestramiento, será menester que la plaza esté sitiada, con las comunicaciones interrumpidas por el sitio, siquiera las hostilidades estén momentaneamente suspendidas, y aun cuando el estado de sitio haya sido decretado por una revuelta interior, y el testador sea de la guardia presidencial, ocasionalmente movilizado.

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

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

Si el testador sobreviviera a éste plazo, caducará el testamento. (Art. 1101).

Para que el testamento militar valga es necesario que lleve al pie el visto bueno del Jefe Superior de la expedición o del comandante de la plaza, sino hubiere sido otorgado ante del mismo Jefe o Comandante, que vaya rubricado el principio y fin de cada página por dicho Jefe o Comandante, y que la firma de éste sea abonada por el Secretario de Guerra

y Marina de la República, si el cuerpo de tropas estuviere al servicio de la Nación, o por el Secretario del Prefecto del Territorio, si dicho cuerpo obrare solamente en dicho Territorio.

Para que este testamento sea incorporado en el protocolo de instrumentos públicos, el Secretario del Prefecto lo remitirá una vez cumplidas las formalidades legales, al Notario del último domicilio del testador, y si éste se ignora o no fuere conocido, al Notario de la capital de la Territorialidad. La remisión se hará por conducto del juez superior respectivo.

El testamento militar puede ser también cerrado, y las solemnidades son las mismas empleadas en el artículo 1080 del Código Civil, con la diferencia de que el Notario es reemplazado por el capitán u otro oficial de mayor graduación o antigüedad.

TESTAMENTO MARÍTIMO.- Tan antiguo como el testamento militar-

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

Tan expuestos a riesgos mortales la navegación, como lo es la guerra, mucho más en la antigüedad que en nuestros días, comprendieron bien pronto los romanos que sería injusto privar y marineros de un barco que navega, del derecho de oficiales

74

testar en forma especial a pretexto de haberlo podido hacer en una de las formas ordinarias, ante de embarcarse.

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

Bajo Luis XIV fueron dictadas las ordenanzas de 1689 y 1681, la primera destinada a extender el testamento militar a los marinos de guerra y permitirles disponer de la universalidad de sus bienes; y la segunda a procurar beneficio -- igual al testamento de las personas embarcadas en buques mercantes, pero solo para disponer de su equipaje y del sueldo que se les adeuda.

Fueron desde el primer momento determinadas a otorgar -- prerrogativas excepcionales a la gente de mar en materia de testamento las grandes ciudades marítimas de casi toda la -- Europa de Occidente.

Con estos antecedentes legisla el Código nuestro, ya -- sea aborde de un buque colombiano de guerra en alta mar, ya -- en los buques mercantes bajo bandera colombiana, pero con la -- diferencia de que en los buques mercantes bajo bandera colom-- biana, podrá solo testarse en la forma prescrita por el artículo 1105 del Código Civil que es del siguiente tenor: "Se po -- drá 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.

El testamento se guardará entre los papeles más importantes de la nave, y se dará noticia de su otorgamiento en el diario de la nave (Art. 1106).

Admitiéndose la omisión de ciertos requisitos de formas con respecto al testamento marítimo, en consideración a la imposibilidad de otorgarlo en plena navegación ante un Notario, la misma ley ordena su protocolización al tenor del artículo 1107, que es siguiente: "Si el buque antes de volver a los Estados Unidos de Colombia, arribase a un puerto extranjero, en que haya un agente diplomático o consular colombiano, el comandante entregará a éste agente un ejemplar del testamento, exigiendo recibo y poniendo nota de ello en el diario, a fin de que puedan surtirse los efectos y requisitos de que se trata en los incisos 5o., 6o y 7o. del artículo 1085 y en el artículo 1086.

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

76

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

Con respecto al tema tratado saco las siguientes conclusiones:

1a.- Que el testamento es un acto mas o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que este deseo se cumpla despues de su muerte, y conservando la facultad de revocarlo.

2a.- Que ha sido el derecho moderno, por economia de tiempo, y por exigirlo asi el progreso de la sociedad moderna, quien ha reducido a su mínima expresi3n las solemnidades testamentarias, rescantando al testamento del demasiado --- formulismo a que se sometió en el derecho antiguo, en el que --- todo acto jurídico debia realizarse segun el modelo preestablecido por el legislador, el testamento pues, en dicho derecho --- antiguo podia contener cosas distintas a la disposici3n de heredero, no obstante responder a necesidades de car3cter religioso, y sin que la instituci3n de heredero fuese esencial a --- su validez.

3a.- Que el derecho Colombiano se ha plegado a la concepci3n moderna del testamento como acto de disposici3n--- revocable de todo o parte del patrimonio que solo ha de tener --- eficacia a la muerte del disponente.

4a.- Que el legislador colombiano con miras a facilitar el otorgamiento del testamento en circunstancias ordinarias, y en circunstancias ajenas a la voluntad del testador ha --- establecido el testamento solemne y el menos solemne, "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 consideracion a la circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley." (Art. 1064-10.)

5o.- Que estas solemnidades tienden a que el testamento, considerado como acto jurídico de una sola persona, y el mas importante dentro de los actos de su especie, como la aceptación y la repudiación de la herencia, a asegurar la perfecta espontaneidad de las disposiciones hechas por el testador, a su irreflexión, y a posibles atentados en los intereses del causante.

6a.- 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 el militar en expedición de guerra, a quien corresponde testar conforme al testamento militar. El verbal, en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar el testamento solemne. El marítimo, autorizado exclusivamente en buques de guerra colombiano o en buque mercante.

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

- 1o.- Donaciones y Sucesiones.....Hernando Carrizosa P.
 - 2o.- Derecho Civil (Sucesiones).....Arturo Valencia Zea
 - 3o.- Tratado de Derecho Hereditario.Luis de Gásperi.
 - 4o.- Código Civil Colombiano.....Jorge Ortega
 - 5o.- Tratado de derecho romano.....Jorge Bry
 - 6o.- La Ciudad Antigua.....Fustel de Coulanges
 - 7o.- Derecho Civil Colombiano.....Fernando Velez.
-