

1

"La Facultad no aprueba ni desaprueba las
opiniones emitidas en las Tesis; tales --
opiniones deben considerarse como propias
de sus autores".-

(Artículo 91 del Reglamento).-

2

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD:

Dr. RAFAEL A. MUÑOZ TILBES

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. IGNACIO VELEZ MARTINEZ.

PRESIDENTE DE TESIS:

Dr. ABEL BRIEVA H.

CONSEJO DE EXAMINADORES:

Dr. AUGUSTO TINOCO PEREZ.

Dr. GUILLERMO GOMEZ LEON

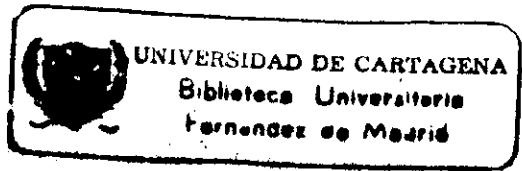
Representante de la Facultad:

Dr.

Secretario de la Facultad de Derecho:

Dr. CARLOS WRIGHT MARTINEZ.-

Cartagena, febrero de 1.954.-



AGEOBALDI FERRARI ECHENIQUE

APUNTES SOBRE SUCESION TESTAMENTARIA

Tesis presentada para obtener el título de -
Dcotor en Derecho y Ciencias Politicias.-

Cartagena, Febrero de 1.954.-
S C I B
00018362

S
1570

ORGANIZACION DEL TRABAJO

PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTOR EN DERECHO Y

CIENCIAS POLITICAS

"SUCESION TESTAMENTARIA"

CAPITULO PRIMERO

Analices de las Ideas sociales y el Derecho de herencia
Breve exposición de la Sucesión Intestada y Testamentaria.-

CAPITULO SEGUNDO

Del Testamento en General.-

CAPITULO TERCERO

De los requisitos de fondo para la validez del Testamento.-

- a) Capacidad.-
- b) Consentimiento
- c) Objeto lícito
- d) Causa lícita.-

CAPITULO CUARTO

Formalidades esenciales de los Testamentos.-

- a) Solemnes.-
- b) Privilegiados.-

CAPITULO QUINTO

Asignaciones Testamentarias

Donaciones Revocables

Restricciones a la libertad de testar

De los desheredamientos

De la acción de reforma del Testamento

De los Ejecutores Testamentarios.-

CAPITULO SEXTO

Conclusiones.e

ANALISIS DE LAS IDEAS SOCIALESY DEL DERECHO DE HERENCIA.-

El estudio de las sucesiones mortis causa tiene en el derecho destacada -- importancia económica y social; cuestiones fundamentales de la estructura jurídica de un país, son las que atañen al derecho de heredar, y a sus normas reguladoras.- Si ha de aceptarse que los bienes de una persona se transmitan a sus herederos después de su muerte, o si deben volver a la comunidad en calidad de vacantes, es controversia circunscrita al propio campo -- de la filosofía del derecho y de la sociología; entre nosotros es cierto -- que el derecho de transmitir por causa de muerte es uno de los conceptos -- mas profundamente arraigados en nuestras ideas y en nuestras costumbres, -- como beneficio secular que nos legaron las leyes españolas que durante tan -- to tiempo nos gobernaron.

Por cuanto al derecho de suceder, digamos que es uno de los pilares que -- sustentan el regimen legal de la propiedad, es por lo que la evolución de -- las ideas políticas de una sociedad se traduce lógicamente en variaciones de -- su organización.- En una sociedad en donde predominen conceptos de gobier -- no aristocrático, las leyes se resentirán de aberraciones enderezadas a -- vincular la propiedad a castas o a familias, por lo cual el derecho de he -- redar será dominado por instituciones que, como el retorno sucesorio, las -- vinculaciones y las sustituciones fideicomosarias, impiden el fraccionamien -- to de la propiedad privada.- En otras sociedades en donde prevalezcan ideas -- de absorción estatal de la propiedad como el comunismo y el colectivismo, -- el derecho de suceder será seguramente anulado o tímidamente reconocido, y -- en pueblos fuertemente individualistas la opinión pública lo impondrá en -- toda su amplitud, así como hoy existe en países de tan avanzada civiliza--

ción como Inglaterra.

RESUMEN HISTORICO DEL DERECHO DE HEREDAR

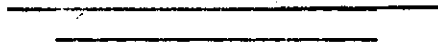
"Antes del Código Civil rigieron entre nosotros las leyes españolas que debieron sus principios en las fuentes milenarias del derecho romano.-- Este derecho, por lo menos en su última etapa, es prototipo de un glorioso individualismo que acendró el derecho español, por esta razón, el concepto colombiano del derecho de heredar es el mismo concepto clásico, que lo tiene, y en todo lo disputa corolario esencial del derecho de propiedad mismo, es decir, derecho natural de la persona humana, derecho anterior al Estado, que éste reconoce pero no crea.-

El Código Civil no tuvo que modificar gran cosa a la característica del derecho de suceder por causa de muerte, porque su fisonomía general era conocida de la legislación española.- La labor principal del Código fue atemperar la norma positiva a los rasgos peculiares del estado republicano y democrático.- De aquí que repudiera, con mayor energía que el código francés aquello que resultó contrario a la igualdad republicana, como las sustituciones fideicomisarias sucesivas, y que rechazara, por contrarias a la riqueza pública, todo género de vinculaciones de la propiedad, acogiendo, mas ampliamente que el código francés, la idea romana de la unidad del patrimonio.-

No afrontó nuestro código, como tuvo que afrontar el francés, la necesidad de transigir entre dos concepciones jurídicas opuestas: una tradicionalista, vitalmente enclavada en los países franceses donde imperó el derecho consuetudinario, plena de concepciones germánicas: y otra inspirada en el derecho romano, mas equitativo, perfeccionado y lógico.-

El código de Napoleón, aunque no fue el primero que se expidió en Europa-

En estas leyes es donde resalta la oposición entre los elementos derivados del derecho civil y los que debieron el ser a las costumbres castellanas, recopiladas en los fueros, ordenamientos".-



BREVE ANALICES DE LA SUCESION

INTESTADA Y TESTAMENTARIA.-

Estudiadas las nociones generales que dominan el derecho hereditario, vamos a contemplar ahora las reglas que dominan la sucesión intestada y testamentaria.- Dichas reglas se refieren a las personas llamadas por la ley o el testamento a recibir la herencia.-

El estatuto actual de las sucesiones intestadas o legales en sus grandes rasgos se conforma con las costumbres y usos sociales.- La reglamentación legal está a corde con el obrar corriente de las gentes.- De ahí la poca precaución que toman los ciudadanos de elaborar un testamento instituyendo las personas que reciban sus bienes y la proporción en que deban distribuirse entre ellas.- Lo que explica el que la mayor parte de las sucesiones del país se rigen por la ley y solo en caso excepcionales por el testamento.

Pero la importancia capital de la sucesión intestada o legal, radica especialmente en la circunstancia de que la ley ha organizado determinados ordenes hereditarios, obedeciendo a causas o fundamentos de orden público.- Por tanto, si al testador se otorga una determinada dosis de libertad para disponer en vida de sus bienes, no obstante, en ningún caso, puede contrariar aquellos ordenamientos imperativos.- Su libertad es mas o menos plena en tratándose de otros ordenes de sucesión.-

Dos doctrinas se enfrentan sobre este particular: la clásica, según la cual el fundamento que debe seguir el legislador en la distribución de los bienes hereditarios y el llamamiento de los herederos a recibirlos, es el de la presunta voluntad del causante; la moderna, según la cual el fundamento de las sucesiones legales se integra por la familia y los lazos de la nacionalidad del causante.-

Ambas doctrinas han tenido sostenedores de gran autoridad; la clásica imperó

casi, en forma absoluta durante el siglo pasado; la segunda, es la recogida por los autores modernos y por la jurisprudencia de la mayor parte de los países.-

Según la doctrina clásica o del individualismo jurídico todo en la sociedad está organizado por la voluntad individual.- Todo traspaso de bienes por cualquier causa debe obedecer al querer de los individuos y no de la ley.- La intervención del legislador debe evitarse hasta donde sea posible.-

De la misma manera que la voluntad individual es autónoma para celebrar toda clase de actos jurídicos, para disponer libremente de sus bienes por actos entre vivos, así mismo el derecho hereditario debe reconocer como fundamento único esa misma voluntad.-

En principio solo hay una clase de sucesión por causa de muerte: la del dueño o causante; esta voluntad debe manifestarse mediante testamento.- El testador debe gozar de plena y absoluta libertad para escoger sus herederos o legatarios y entre ellos distribuir sus bienes.-

En los casos en que el difunto no hubiere hecho testamento, la labor de la ley no debe ser otra sino la de interpretar esa voluntad.- Por tal motivo, la sucesión intestada o legal, no otra cosa representa sino un testamento tácito.- En esta forma existirían dos clases de testamento: el expreso o sea el elaborado personalmente por el causante; el tácito, o sea la búsqueda de la voluntad del causante por la ley.- Este concepto tomó cuerpo como un corolario del principio de la autonomía de la voluntad; principio que fue exagerado hasta sus últimas consecuencias.- El legislador debía intervenir solo para precisar los efectos normales de la voluntad del causante, para depurarla y hacer que tuviera todo su efecto y alcance.-

Las consecuencias más importantes del principio de la autonomía de la voluntad, fueron dos, a saber: el testador tiene plena autonomía de voluntad para

disponer de sus bienes; instituir los herederos que quiera; y si con dicha institución se favorece a extraños a la familia, perjudicando los legítimos intereses de ésta, no importa: todo acto jurídico, desde que hay la expresión de una voluntad libre y autónoma, es justo.- Segunda importancia: la labor del legislador, cuando el testador no expresa su última voluntad en un testamento, no puede ser otra sino la de presumir esa voluntad, buscarla por todos los medios posibles y una vez encontrada, estarse a ella, sin desvirtuarla en su valor y alcance.- Si toda transmisión hereditaria no puede hacerse sin la voluntad del propietario, la sucesión abintestato no puede depender más que de la voluntad tácita del difunto y que la ley presume.-

"A esta doctrina se le hace la siguiente crítica, haciendo una exposición de la doctrina moderna.-

Esta doctrina clásica del fundamento de la sucesión abintestato estuvo prece-
dida de algunas otras doctrinas, como de aquella que consideraba el orden de la sucesión legal como de origen divino.-

Con razón advierte Ripert que el individualismo jurídico destruyó a Dios del derecho; pero dirigió sus esfuerzos para reemplazarlo por otro, siendo así que llegó a divinizarse la voluntad: la voluntad del legislador al través de las leyes: la voluntad individual al través de todos los actos jurídicos.-

Doctrinas esencialmente místicas abandonadas por nuestros tiempos y por los hombres modernos.-

La clásica doctrina de la voluntad presunta del testador o del testamento tácito para explicar la sucesión legal, no puede defenderse ante los datos elementales de la conciencia colectiva; ni está conforme con los postulados esenciales de la legislación nacional.-

Tanto la sucesión abintestato como la testamentaria en la legislación positiva, obedecen a estos fundamentos: la institución de la propiedad como derecho

perpétuo: la institución de la familia tanto legítima como natural. La primera explica la necesidad del derecho hereditario; la segunda indica los sujetos de ese derecho.- Cuando una persona no tuviere familia, entonces el fundamento de la sucesión intestada se encuentra en los vínculos de la nacionalidad.-

Decimos que el verdadero fundamento tanto de la sucesión testada como de la intestada se encuentra en la familia.- Porque si bien es verdad que al testador se otorga alguna libertad para indicar los sujetos que hayan de recoger sus bienes a su muerte, dicha libertad en ningún caso debe herir los legítimos intereses de su familia.- Puede testar a favor de los miembros de su familia; modificar un poco la distribución de los bienes hecha por la ley; pero no mas.- Su libertad es plena cuando no tuviere familia.- Es, pues, la comunidad familiar el fundamento de la sucesión intestada.-

El derecho hereditario es independiente de la voluntad del de cujus, puesto que es prolongación de la comunidad familiar.- El heredero lo es por la presunta afección del causante, ni por sus condiciones individuales, sino por la familia.-

La ley, que interviene para regular la sucesión solamente cuando falte total o parcialmente la disposición testamentaria, se inspira, para los llamamientos y atribuciones que hace, en las relaciones que ligan al difunto con los miembros de su familia y el Estado.- El vinculo familiar y el nacional son las causas y el título del llamamiento hereditario legal.- Nuestra legislación se funda directamente en la comunidad familiar para regular directamente todo lo relativo a la sucesión intestada; llama en primer término a los hijos y al conyuge a recibir la herencia a falta de hijos llama a los padres, y así sucesivamente hasta el cuarto grado; en defecto de parientes que hayan formado comunidad familiar con el de cujus llama a recibir la

herencia al Municipio.-

La ley presume con bastante latitud que solo los parientes consanguíneos - de cualquier grado por la línea recta y los colaterales hasta el cuarto - grado junto con el cónyuge forman comunidad familiar con el de cujus.-

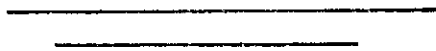
Mas la ley se refiere a la comunidad familiar actual del causante.- Por - tal motivo llama primero a la comunidad formada por los hijos y el cónyuge: si no hubiere hijos, llama a la comunidad que normalmente, en esos casos, - se tiene formada con los padres, y así sucesivamente.-

Lo que prueba hata la saciedad que el fundamento de la sucesión intestada - se encuentra en la comunidad familiar.-

Expuestas las reglas generales que gobiernan la sucesión intestada, nos co- rresponde contemplar ahora la sucesión testamentaria, es decir la regida -- por testamento.-

La sucesión testamentaria ha perdido mucha de su importancia primitiva; ella solo puede realizarse dentro de los marcos generales trazados previamente - por la ley.- Dentro de los tres primeros ordenes hereditarios, el testador- tiene que instituir a los hijos legítimos, padres legítimos o naturales, e- hijos naturales como asignatarios forzosos en determinadas cuotas de sus -- bienes, pudiendo disponer libremente a favor de asignatarios extraños a los que integran los mencionados tres primeros ordenes hereditarios de una parte de sus bienes que oscila entre la cuarta parte y la mitad según los casos.-

Estudiaremos las reglas fundamentales de esta clase de sucesión dentro del- siguiente plan de organización que le he dado a este trabajo.-



DEL TESTAMENTO EN GENERAL

SU IMPORTANCIA: En derecho moderno el testamento perdió gran parte de la importancia que tenía en derecho romano, porque ya no responde a ninguna necesidad de carácter religioso.- No obstante, todavía el testador, en su carta testamentaria, legislaba sobre el destino que sus bienes han de tener después de su muerte.- Y aún cuando las facultades dispositivas del testador se hallan limitadas por las asignaciones forzosas, siempre resulta ser el de cujus, en su testamento, el arbitro supremo cuyos mandatos se respetan escrupulosamente si son ajustados a las normas legales.- Todavía en países como el nuestro, que repudia la libertad absoluta de testar, la ley permite que el hombre, mirando el porvenir, ejerza previsión sobre su patrimonio, y atendiendo a los lazos que en la vida se ha creado, y a las afecciones y deberes que tiene, disponga dentro del orden jurídico lo conducente a satisfacer sus anhelos y a cumplir sus obligaciones morales, legales o afectivas.- Y en la materia de las restricciones al derecho de disponer por testamento, y aún en general al derecho de heredar, también deben oírse las opiniones de los economistas y sociólogos cuando abogan para que el Estado use de su poder fiscal, de su fiscalidad no solamente con objeto de llenar las cajas públicas, sino también de corregir, hasta donde sea posible, los vicios endémicos y favorecer las cualidades contrarias.- En este sentido ha tenido consagración legal entre nosotros el concepto de que las asignaciones mortis causa, deben ser fuertemente gravadas mediante impuestos progresivos.- Los economistas no están de acuerdo en cual debe ser el mejor medio para limitar las herencias y evitar la monstruosa concentración en unos pocos individuos, siendo unos partidarios de fijar la cuantía máxima que puede transmitirse, y otros de adoptar un sistema de tributación progresiva sobre el ---

14

caudal hereditario tal como entre nosotros lo ha hecho la ley 63 de 1.936.- El artículo (1.055) del Código Civil define el testamento en la siguiente forma: 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 facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva)

SIGNIFICADO DE LA PALABRA TESTAMENTO

La palabra testamento viene del latin testatio mentis, que traduce, testimonio de nuestra voluntad, porque es una manifestación de voluntad hecha ante testigos.- Modestino lo definió diciendo: testamentum est voluntatis nostra traie justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.- Parece que esta definición de Modestino sale ser mas exacta que la del Código.- Analicemos los distintos elementos de la definición legal.-

EL TESTAMENTO ES UN ACTO: Los sucesos que tienen por efecto dar nacimiento a los derechos, transmitirlos de una persona a otra, o extinguirlos, son hechos jurídicos.- Estos son los que realiza voluntariamente el hombre con intención de engendrar, modificar o extinguir derechos.- En el lenguaje del derecho, la palabra acto significa lo mismo que la latina negotium equipo dente de operación jurídica; en derecho francés también se usa la palabra acto, -- como sinónimo de la nuestra (instrumento).- Acto jurídico, es pues, un hecho ejecutado para realizar uno o mas efectos de derecho.-

EL TESTAMENTO ES ACTO DE UNA SOLA PERSONA: Los contratos son los actos jurídicos mas frecuentes de la vida civil; son actos de varias personas, porque --- consisten en el acuerdo de dos o mas voluntades sobre una prestación jurídica destinado a generar, modificar o extinguir obligaciones.- Más es posible también que el acto jurídico sea obra de la voluntad de una sola persona, y el testamento es el mas importante acto de esta especie, aunque hay otros, como-

la aceptación y repudiación de una herencia.- Desarrollando esta idea, el artículo 1.059 dice: (El testamento es un acto de una sola persona.- Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o mas personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona).- El que el testamento sea acto de una sola persona, tomando la palabra "acto" como equivalente de negotium, no sería incompatible con que en un mismo instrumentum otorguen dos o mas 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.-

La ley quiere que el acto testamentario sea personalísimo, para evitar cualquiera ambigüedad en la voluntad expresada y para asegurar un grado máximo de voluntariedad.- Quedaron, pues, imperiosamente prohibidos los testamentos mancomunados o de hermandad, que permitieron las leyes españolas para que dos o mas personas testaran en un mismo acto; también fueron abolidos los testamentos mutuos, en que dos personas, en un mismo instrumento, se institúan recíprocamente herederos.- En esta última forma, bien claro se ve que la voluntariedad no es completa, porque la voluntad de uno de los otorgantes no es suya exclusivamente, sino en cierta medida consecuencia o condición de la voluntad del otro.-

LA FACULTAD DE TESTAR ES INDELEGABLE: Derivación del carácter personalísimo del acto testamentario es ser indelegable la facultad de testar, lo establece claramente el Artículo 1.060.- La formación del testamento no puede deferirse, ni en todo ni en parte, el arbitrio de un tercero, ni puede ejecutarse por medio de apoderado.- Fue suprimido el testamento decomisario que conoció el derecho español.- Comisario fue llamado el sujeto a quien otro cometía la facultad de hacer testamento en su nombre.- Ni el comisario podía-

ser autorizado para instituir heredero, si el nombre de éste no estuviere expresado en el poder.-

El derecho francés actual es inflexible en este punto.- Considerándose - vigente ciertas leyes vigentes al Código, en varias ocasiones se han declarado nulas ciertas liberalidades testamentarias en que el de cujus encargó a un tercero al designar la persona del beneficiario.-

El artículo 1.060 prohíbe toda delegación de la facultad de testar; en el artículo 1.121 se dispone que la elección del asignatario, ni absoluta ni relativamente, puede ser deferida, al puro arbitro ajeno; y en otros casos constriñe al testador, so pena de nulidad, a precisar la persona del asignatario.- No obstante, tanta aparente rigidez no impide el admitir -- asignaciones para beneficiencia o para establecimiento de beneficiencia, - aunque el objeto de la asignación y el asignatario mismo sea indeterminado.- El aceptar liberalidades sin beneficiario, como la que se hace al alma del testador (Art. 1.113) o la dejaban a los pobres (Art. 1.113) en el fondo son verdaderas delegaciones autorizadas de la facultad de testar, de la facultad de elegir, la persona del asignatario.-

Por este camino se ha ido hasta tolerar que el cumplimiento de una asignación quede al arbitrio de un heredero o legatario (Art. 1.125), impresionante excepción, que equivale a la condición (si volueris), destructora - del vínculo jurídico; y a que se pueda instituir indeterminadamente a los parientes (Art. 1.122) rara combinación de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada, en que el de cujus ni siquiera conoce las personas de sus asignatarios.-

Por último, delegaciones de la facultad de testar son, desde ciertos puntos de vista, el albaceazgo y el derecho de nombrar partidor testamentario, por cuanto la albacea compete interpretar, como mandatario del difunto la-

forma de ejecutar el testamento y por cuanto al partidor se le defiere el derecho de fijar los bienes singulares que a cada heredero han de corresponder, y el de señalar las especies mismas conque han de pagarse las legítimas (Art. 1.255 y 1.381).

EL TESTAMENTO ES ACTO MAS O MENOS SOLEMNE: Lo más frecuente es que los actos jurídicos no estén sometidos a ninguna forma determinada.- La simple declaración de voluntad, de cualquier manera que se manifieste, origina sus consecuencias jurídicas propias.- Esta doctrina es peculiar al derecho moderno, porque en el romano, legislación formulista, cada acto jurídico debía realizarse según el modelo preestablecido por el legislador.- Este sistema antiguo que es para los actos jurídicos lo que la moneda para la moneda, tiene la ventaja de dejar definida inequívocamente la voluntad de las partes y la naturaleza del acto, conservar el recuerdo de este y facilitar su prueba.- Pero en la sociedad moderna, la rapidez de las transacciones es incompatible con la lentitud y el entorpecimiento que ocasiona el sujetar todo acto a determinadas formalidades, por lo cual han sido abandonadas las formulas solemnes, la necesidad de usar palabras sacramentales, o la intervención de testigos o funcionarios.- Todavía sin embargo, para los actos jurídicos de mas alta importancia se preceptúan las solemnidades, ya para proteger el mismo interesado contra su propia irreflección, ya para defenderlo de influencias ajenas, o para asegurar la libre emisión de su voluntad.- Estos actos que la ley no reconoce, sino cuando están previstos de la formalidad requerida, se denominan solemnes.- La formalidad en ellos es uno de sus elementos esenciales: forma dat esse rei y no deben ser confundidos con aquellos otros, para los cuales también se preconizan requisitos, pero que por no ser por via de solemnidad, ad solemnitatem, sino por via de prueba, ad probationem los requisitos no son esenciales.-

Abundan en el derecho de familia los actos solemnes como el patrimonio, - el reconocimiento de hijos naturales, etc., el derecho patrimonial es la excepción (el testamento, la enagenación de bienes raíces, la cesión a títulos de venta del derecho de herencia, la hipoteca, etc.).-

El acto testamentario es siempre solemne.- Es inexistente, absolutamente nulo, cuando no esta revestido de las solemnidades propias según su clase.

Es el régimen jurídico de todos los actos solemnes (Art. 11, Ley 95 de 1.890).-

Las solemnidades no son iguales para todos los casos. Unas veces son más numerosas y exigentes, otras lo son menos.- Esto se manifiesta en la definición legal cuando dice: "El testamento es un acto más o menos solemne".-

En punto a su contenido no hay diferencia entre el testamento solemne y el menos solemne.- Todo lo que por testamento puede disponerse, bien dispuesto queda de un modo o de otro.- Pero, la voluntad del testador no es la que determina si su carta testamentaria será solemne, o menos solemne.- Las circunstancias especiales en que se encuentre en la hora de testar, serán las que le imponen que su testamento sea ordinario o privilegiado, así lo dice claramente el Art. 1.064.- (Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere.- El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley.-

EL TESTAMENTO ES ACTO DE DISPOSICION DE BIENES: La norma legal enseña que la carta testamentaria, esencialmente es acto de disposición de bienes.- En esto se distingue la definición del Código de la de Modestino, que no contiene este elemento esencial.- La ley adolece de inexactitud relativa.- Es cierto que el testador debe reducirse al legislador, dentro del campo legal, sobre el mismo destino de sus bienes post mortem, pero también es manifies-

que por testamento puede ejecutar actos jurídicos que directamente no son de disposición de bienes, sin que degenera la naturaleza del acto testamentario.- Así puede reducir su carta testamentaria a nombrar un tutor o un curador, a nombrar un partidor, a reconocer un hijo natural.- Pero es fácil advertir que estos actos, que directamente no son de disposición de bienes indirectamente si lo son.-

Nombrar un tutor o un curador, es conferir un mandato que se ejercerá post mortem; nombrar un partidor, es delegar la facultad de señalar las especies en que han de pagarse las asignaciones; reconocer un hijo natural es disponer a su favor de la legítima.- Todos estos actos, en el fondo, entrañan disposición de bienes.-

El testamento puede abarcar todo o solo parte de los bienes; la sucesión puede ser parte testada y parte intestada, por voluntad misma del de cujus. La validéz de la memoria testamentaria no depende de la institución de herederos; la vocación del asignatario puede quedar circunscrita, por el mismo disponente, a un bien determinado de la herencia, ya que se puede testar de una parte sola de los bienes, y en lo restante, se sucede con arreglo a las leyes de la sucesión intestada.-

Enuncia la ley que el testamento no produce efectos plenos sino después de muerto el otorgante; esto es relativamente cierto hoy día.- Hay eventos en que la carta testamentaria tiene efectos durante la vida de quien la otorga, porque sirve de medio para formalizar las donaciones revocables (Art. 1056), que si son seguidas de la tradición de lo donado hacen nacer la especie de usufructo de que habla el Art. 1.198.- La carta testamentaria, en este supuesto, ha logrado efectos jurídicos durante la vida del causante, pero no efectos plenos, pues la propiedad de las cosas donadas, no sale del patrimonio del testador para entrar al del donatario, sino después de la muerte de aquel.-

Antes del imperio de la Ley 45 de 1.936, podía también reconocerse un hijo natural por testamento, pero la revocación de éste arrastraba la del reconocimiento.- Es verdad que la Corte Suprema de Justicia implantó doctrina contraria, introduciéndole a la revocabilidad del testamento una excepción doctrinal, lo cual parece un error ya que desnaturalizó el sistema legal del reconocimiento-ambición, cual si este, entonces, no fuere creador de la naturalidad del hijo, sino simple prueba de paternidad como es ahora.-

Cambiado hoy el estatuto sobre hijos naturales, y acogida la teoría de reconocimiento-confesión- Está bien, porque es lógico y concluyente, que la Ley literalmente disponga, como lo hace la 45 de 1936, y para evitar incertidumbre, que la revocación del testamento no implica la del reconocimiento. Así debe ser si el reconocimiento se aprecia como plena prueba de la paternidad; probada ésta, probado también queda el hecho que genera el estado civil de hijo natural.- Y así se demuestra que, por razón de lo dispuesto por la Ley 45 de 1936, ha dejado de ser exacta la definición que de testamento dá el Código, en lo atinente a que la memoria testamentaria no tenga efectos plenos sino después de la vida del causante.-

Antes de la muerte del testador, el testamento es un mero proyecto.- El otorgante puede siempre revocarlo a su arbitrio.- Como atestación de última voluntad, que se formula por anticipado para no ser sorprendido por la muerte sin dejarla escrita, perdería su naturaleza propia si no pudiera ser mudado en cualquier tiempo.- Esta peculiaridad del testamento es doblemente afirmada: primero en la definición, con las palabras: "conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva", y después, de manera mas enfática, en el Art. 1.057: "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador

expresé en el testamento la determinación de no revocarla.- Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque, se confirman bajo juramento".- La lye rodea el acto testamentario de las precauciones que se juzgan para salvaguardar la completa voluntariedad de su contenido, por lo cual no autoriza a los particulares para aumentar estos requisitos, disponiendo palabras sacramentales o palabras determinadas. Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación, si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita.-

Lo establece claramente el Art. 1.057 en su inciso 2o.- Desde las leyes de Partida se confiesa la invalidez de las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras "la voluntad del ome dijo la ley XXV título lo. de la ParVia., es de tal natura que se muda en muchas maneras: E por ende ni-gún ome nom puede fazer testamento tan firme, que lo nom pueda despues mudar, quando hiciere, - fasta el dia que muera; solamente, que sea en su memoria, quando lo camiare, e que faga otro acabadamente".-

Sorprende que el Código recalque tanto en la invalidez de la cláusulas derogatorias de disposiciones futuras, pero se debe reflezionar, para absolver al legislador del pecado de redundancia, en que el Código ebha por tierra costumbres y principios seculares, y que las leyes antiguas concedieron cierto efecto a esta cláusulas.- Asi, en la ley 22 Título Io. de la partida 6a. se lee: "Razones señaladas ya, porque maguer el testamento posprimero sea fecho acabadamente, nom se desataria por ende el otro, que antes fue fecho.- La otra es, cuando el testador dice asi: Este mio testamento, que agora fago, quiero que vala para siempre, e nom quiero que vala otro testamento, que -- fuesse fallado, e que obiesse fecho ante deste, nin después.- Ca si acessiese que este a tal mudasse su voluntad, e fiziesse otro testamento, no quebranta-

ría por ende el otro, que obiesse ante fecho; fueras ende, si el testador de ixesse en el postrimero testamento señaladamente, que revocaba el otro, e que nom tuviesse daño a aquel testamento que agora fazia, las palabras que dixera en el primero".- El derecho moderno no repara en estas minucias; si el testamento posterior es del todo incompatible con el anterior, quedará ésta revocado sin necesidad de que así se diga.-

REQUISITOS DE FONDO PARA LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO

Para la validéz de cualquier acto de voluntad, requiere el Art. 1502 -- cuatro ingredientes tradicionales, sin cualquiera de los cuales el acto no tiene eficacia, ni alcanza el fin jurídico a que está destinado.-- Esos elementos son a saber: que la persona, o sujeto del acto jurídico sea legalmente capaz, que su consentimiento no adolezca de vicios, que el acto tenga objeto lícito y que tenga una causa lícita.-- En el acto testamentario, como tendremos ocasión de comprobarlo, estos elementos de fondo son exigidos con mayor rigor que en otros actos de la vida civil.--

La donación se asemeja al testamento en que uno y otro son medios para hacer liberalidades.-- No obstante, el testamento puedá contener disposiciones que no son liberalidades.-- Para definir que cosa sea liberalidad debemos antes sondear la diferencia entre actos a título oneroso y actos a título gratuito.-- Es difícil establecer bien esta diferencia, porque un mismo acto jurídico puede tener, según los casos, carácter gratuito y oneroso.-- Así, el préstamo de dinero, la remisión de una deuda, el mandato, -- etc., pueden revestir uno u otro carácter.-- También puede un acto ser oneroso en la forma, y gratuito en el fondo, como una donación disfrazada bajo la apariencia de una venta; y un acto dado, que primitivamente fue de una de estas dos naturalezas, puede desviarse después, y sin modificación de sus disposiciones literales, tomar otra.-- La remisión de una deuda generalmente es acto gratuito porque el remitente persigue un fin desinteresado de pura liberalidad, pero puede degenerar en acto oneroso cuando el remitente la ejecuta con una intención de lucro.-- Son liberalidades solamente los actos a título gratuito.--

DIFERENCIA ENTRE ACTOS A TITULO GRATUITO

Y ACTOS A TITULO ONEROSO

Hay distintos criterios para distinguir el acto gratuito del oneroso. --
Uno es el criterio económico, el mas aceptado, que llama gratuito a los
actos que procuran a otros una ventaja económica sin exigir la prestación
de algo en cambio, y onerosos los que implican cambio de prestaciones. --
Se contemplan los patrimonios de las partes: si alguien se empobrece, por
que da sin recibir, hace liberalidad, acto a título gratuito; pero si da
para obtener algo en cambio, su acto es oneroso. -- A este modo de ver se --
opone el criterio jurídico, porque depende del espíritu, del móvil, del --
fin que se propone el agente. -- Gratuito es el acto causado por espíritu de
liberalidad, que persigue el derecho exclusivo de una de las partes; one-
roso, el caso contrario: Dentro de esta doctrina, el acto a título gratui-
to debe tener dos condiciones: que el agente obedezca a un pensamiento de
generosidad; que tenga animus donandi, y que este pensamiento se concrete
en un provecho o ventaja efectiva para el beneficiario. -- El criterio jurí-
dico es mas subjetivo y mas amplio, porque encierra ciertos actos que, --
aunque onerosos por haber prestaciones recíprocas, son liberalidades por-
que se han ejecutado con esta intención generosa y se han traducido en pro-
vecho para una de las partes. -- El criterio "económico" es mas compensado --
con la definición que da el Código, cuando dice: "El contrato es gratuito-
o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las
partes, sufriendo la otra el gravámen; y oneroso, cuando tiene por objeto
la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del --
otro" (Art. 1.497). -- Llamaremos liberalidades testamentarias a toda disposi-
ción del testamento a título gratuito. --

LA CAPACIDAD

PRIMER ELEMENTO DE FONDO

La capacidad es la actitud jurídica del sujeto para realizar un acto dado. En la testamentifacción activa, la capacidad es la regla general, la incapacidad la excepción.- Esto quiere decir que todas las personas pueden -- otorgar testamento, menos aquella a quienes la ley se lo prohíbe.- Por esto mismo las causales de incapacidad son taxativas, de interpretación restrictiva, imposible de extender por analogía a caso no expresamente definido.- Doctrina ésta diametralmente opuesta a la del derecho romano, en que la factio testamenti activa constituía excepción, porque de ella no gozaban sino las personas a quienes la otorgaba la ley.-

Se propone la ley, al prohibir a ciertas personas hacer testamento unicamente asegurar la voluntariedad del acto testamentario.- Los incapaces son personas que carecen de actitud fisiológica para prestar consentimiento.- De aquí que el estudio de la capacidad no presente sino diferencia de grado con el del consentimiento, y por esto algunos autores consideran la falta de capacidad entre los vicios de que este pueda adolecer.-

La imposibilidad de testar de los inhábiles se deriva exclusivamente de causas naturales que les impiden consentir.- No se trata de incapacidad de derecho, o personas a quienes la ley impida testar por consideraciones sociales derivadas del sexo, o la religión o el parentesco, etc., sino de incapacidades naturales, las mismas que los romanos llamaron (incapacidades -- de hecho) que otros llaman (incapacidades de ejercicio), porque afectan a personas que por razón de una traba natural o física (la edad, la enfermedad), no tienen actitud para expresar su voluntad verdadera.- Esta diferencia la indica el Art. 1.061 al usar la expresión: "No son hábiles", y no:-- "Son incapaces".-

CAUSALES DE INHABILIDAD

Se reducen a cuatro las causales que impiden testar: ser impuber, estar en interdección por demencia, no tener sanidad de juicio, y no poder expresarse de palabra o por escrito (Art. 1.061).- Analicemos cada una de estas -- causales de impedimento.-

LA IMPUBERTAD: La pubertad es a los catorce años para el varón y a los doce para la mujer.- Estas edades son, pues, las que marca el límite, por -- este concepto, de la testamentifacción activa.- Don Andrés Bello nunca -- aceptó estas edades tan temprano.-

En sus dos primeros proyectos propuso la de diez y ocho años, y en 1.853 -- insistió en ello.- Desde el proyecto inédito se encuentra ya la edad de la pubertad.- En la nota al Art. 1.167 del proyecto de 1.853 se lee: "La ley - XIII Título lo., partida 6a. pide catorce años.- El testamento requiere una inteligencia mas desarrollada.-"

Nuestro Código, desde un principio, consagró la edad de la pubertad como la mínima de la testamentifacción, siguiente a las siete Partidas, que, a su -- vez, la tomaron del derecho romano.- Al legislar así, nuestra ley se apartó del Código francés, que fija la capacidad de la testamentifacción en los -- dieciseis años, pero prohíbe al mayor de esta edad pero menos de veintiuno, disponer por testamento de mas de la mitad de sus bienes.- En una semicapacidad inaceptable.-

No hay ninguna necesidad de cabilar sobre el fundamento que se ha tenido pa -- ra señalar una edad mínima de la testamentifacción.- Es precepto impuesto por la naturaleza.- El niño carece de la inteligencia del uso de la razón necesaria para ejecutar ningún acto de la vida civil, pero el adolescente, que tie -- ne suficiente inteligenciá, no alcanza a la madurez de juicio, requerida pa -- ra llevar a cabo algo tan importante, desde el punto de vista familiar, indi -- viduall y social, como el acto testamentario.-

Se comprende que la edad en que puede permitirse la testamentifacción sea distinta de la señalada como suficiente para los demás actos civiles.- La incapacidad general de menor, se estatuye para protegerlo contra su propia inexperiencia e irreflección, de que pueden aprovecharse terceros para perjudicarlo.- En la fijación de la edad para testar predominan otros motivos, ya que por medio de testamento el menor no puede empobrecerse en vida, porque no dispone sino para después de su muerte.- La incapacidad general del menor se erige mucho mas en interés de él que en interés de la familia, pero la inhabilidad para testar, dimanada de la edad, importa mas a la familia que al testador personalmente.-

La ley protege al menor durante su vida.- El Art. 309 permite al hijo de familia disponer de sus bienes sin necesidad de autorización paterna, por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte.- Están previstos los casos en que el testamento puede producir efecto durante la vida del testador, y a ellos no se extiende la capacidad del menor.- Así el hijo de familia no puede hacer donaciones revocables de las que son seguidas de la entrega de la cosa donada, que producen, en vida del testador, la especie de usufructos de que habla el Ar. 1.198.-

Apesar 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.- La ley no puede despreocuparse 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 de equilibrio y seguridad de juicio que deben demandarse de quien testa.- Los dieciocho años que pro

puso Bello o por lo menos los diciseis del Código francés, sin las restricciones que éste pone podrían haberse adoptado.-

LA INTERDICCION POR CAUSA DE DEMENCIA: El Art. 553 regula los efectos del decreto de interdicción por demencia, distinguiendo los actos ejecutados antes, y los ejecutados después del decreto.- Los primeros se reputan válidos, aunque pueden ser declarados nulos si los interesados demuestran la demencia en el momento de ser ejecutado el acto.- La nulidad del testamento viene entonces por aplicación del numeral 3o. del Art. 1.061 que declara nulo el acto testamentario de quien no está en su sano juicio por ebriedad u otra causa.- Los actos posteriores al decreto de interdicción son siempre nulos.- En su proyecto de 1.853 propuso don Andrés Bello: "La interdicción del demente o loco será absoluta.- Todos los actos ejecutados por el demente o loco durante la interdicción, serán nulos" (Art. 534).- En el Art. 535 del proyecto inédito ya se contiene un precepto igual a nuestro Art. 533.-

LA INCAPACIDAD POR FALTA DE SANIDAD DE JUICIO: La voluntad libre e inteligente es la condición esencial y la fuente de todos los actos jurídicos y aunque parece repetición supérflua de este obvio principio lo que indica el numeral 3o. del Art. 1.061 cuando dice que no pueden testar quienes no están en su sano juicio por ebriedad y otra causa, no es, sin embargo, redundancia, sino regla importante, que saca la testamentifacción, en punto a voluntariedad, de las reglas generales que gobiernan otros actos civiles.- Entre los requisitos para la validéz de toda declaración de voluntad (Art. 1.502) el Código coloca la capacidad para obligarse, y declara absolutamente incapaces a los impúberes, los demente y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, en fuerza de que todas éstas personas carecen de razón, no tienen voluntad.- Los actos jurídicos que ejecuten son absolutamente nulos, no producen siquiera obligaciones naturales, ni admiten caución

(Art. 1.504 inciso 1o. y 2o.)- En los testamentos, el Código es todavía mas riguroso, pues declara inhabiles no solamente a todos estos incapaces, que carecen por completo de razón o no pueden expresarse, sino a los que teniendo discernimiento, sufren en el acto de testar una alteración de sus facultades que permita afirmar un desequilibrio grave en el juicio.- Y esto es exigir mas voluntad para los testamentos que para los contratos y demás actos ordinarios, porque es menester para anular un testamento, como si lo es para anular un contrato, demostrar por ejemplo, que el testador sufrió tal perturbación que le quitó el completo uso de su razón.- El concepto de sanidad de juicio no requiere tanto, basta para restarle toda validez al acto testamental, levantar la prueba de una seria perturbación de las facultades psíquicas.- Tal es el concepto de la sanidad de juicio que da la capacidad de testar.- Además, la ley aprecia que el acto testamentario es un acto de voluntad, no meramente de inteligencia.- Por razón de esto, ciertas afecciones mentales que menoscaban la parte sentimental o afectiva mas que la discursiva o intelectual, también ocasiona la sanidad de juicio.- La sanidad ha de aquilatarse al momento mismo de testar, sin que influya la insanidad sobre viniente (Art. 1.062) así lo da entender el Código con la palabra "actualmente".- Tiene la precisa acepción de : en el momento mismo.- No se suscita en los testamentos la duda que origina el Inc. 2o. del Art. 553, donde hablando de los efectos del decreto de interdicción por demencia, dice: Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó estaba entonces demente.- La dispuesta versa sobre el sentido de la palabra "entonces", que los mismo puede significar: "En el acto mismo" o "en la época", y según que se adopte un significado mas bien que otro,

la prueba de la nulidad será mas o menos difícil.- La distinción del Código francés en la demencia notoria y la que no lo es, elimina todo problema en aquella legislación (Art. 503 C.F.) .- La demencia notoria, de todos conocida hace presumir que el acto quedó afectado por la locura,- en cuyo evento, la prueba del intervalo lúcido es de cargo de quienes lo alegan.

Más si no es notoria, la demostración de que tal vesania influyó en el momento mismo de ejecutarse, será necesaria para la invalidez del acto.- Es lamentable que no se hubiera acogido en nuestro Código este sistema francés, porque es bien sensato; pero de qué no se saca argumento concluyente.- El hervor de una pasión puede engendrar en el testador una exaltación tan violenta como para suprimir todo control psíquico, siendo obvio que a este evento también alcanza el concepto de insanidad de juicio.-

INHABILIDAD DERIVADA DE NO PODER EXPRESARSE CLARAMENTE: Toca esta causal con el sordomudo, que no sabe leer ni escribir y es general a todos los actos de la vida, menos al matrimonio, en que por razones filosoficas muy claras se permite mostrar el consentimiento por medio de signos.- Si el sordomudo, además de serlo, es idiota, su inhabilidad será indubitable, permanente y absoluta.- Pero es frecuente que el sordomudo no sea idiota, solamente atrasado mental como consecuencia de la deficiencia sensorial de su sordera.- Entonces la educación puede permitirle adquirir el progreso necesario para hacer vida civil.- Sorprendentes son los progresos que logran los sordomudos educados con sistemas modernos, y ellos han dando pie para reprocharle al Código la incapacidad absoluta con que hiere al sordomudo que no sabe leer y escribir (Art. 1.504 Inc. 1o.).- No creemos que todavía los progresos nombrados sean como para apoyar esa crítica, pero aunque pudiera atenuarse la incapacidad general del sordomudo

do, subsistiría siempre ancho fundamento para establecer la inhabilidad especial a la testamentifacción.- La voluntariedad de la carta testamentaria no puede deferirse al azar de la interpretación que otros hagan de los signos y señas que sirven al sordomudo para manifestar su querer.- Durante mucho tiempo permanecerá firme la norma que hoy ordena que el sordomudo analfabeto muera intestado.- De modo que el sordomudo, aun estando vigente el decreto de interdicción; si sabe leer y escribir, al pactar contrato u otorgar testamento, hace actos jurídicos válidos, pues los efectos del entredicho no son los del Art. 553, ni hay presunción de invalidez en contra suya.-

EL CONSENTIMIENTO

SEGUNDO ELEMENTO DE FONDO

El consentimiento es el substractum de los actos jurídicos.- Y es necesario que se emita en forma plenamente consiente y libre, pues el acto no tiene el grado de voluntariedad requerido, si el agente obra engañado o contraeñado.- Los vicios que pueden dañar el consentimiento son tres: el error, la fuerza y el dolo.-

En el derecho contractual se atiende minuciosamente a declarar lo pertinente a la infidencia del error, la fuerza y el dolo sobre el consentimiento.- El lugar propio de esta reglamentación en cuanto a testamentos ha debido ser el capítulo primero, título 3o. del libro 3o., pero en tal sitio no se encuentra mas que el Art. 1.063, relativo a la fuerza, imperativo-conciso, que dispone la nulidad total del acto testamentario en que haya intervenido la violencia.- Mes defectuoso que el nuestro, es, desde este punto de vista, el Código de Napoleón que nada especial contiene, sobre vicio del consentimiento, para la testamentifacción.- Se remite en un todo,

en el particular, a lo ordenado por los contratos.-

LA FUERZA: Denomínase así el intimidar a una persona para lograr, por la amenaza de un mal a ella misma o a sus allegados, que ejecute un acto jurídico. Fuerza, en latín tiene el mismo significado jurídico que violencia.- Ciertamente es que con la palabra fuerza, se designa el medio empleado para intimidar a la gente, más lo que vicia el consentimiento es propiamente el "miedo", o perturbación del ánimo originada, por la aprehensión de algún peligro o riesgo. Los romanos, más lógicos, no hablaban de fuerza, sino de miedo.- La fuerza no excluye la voluntariedad del acto.- El forzado prefiere una cosa a otra, pero no elige sino entre dos cosas igualmente contrarias a su querer, y por consiguiente no presta sino un consentimiento dañado.-

Afirma la ley que el testamento en que de cualquier modo ha intervenido la fuerza, es nulo; suministra el derecho de las obligaciones una pauta para medir la fuerza bastante o dañar el consentimiento.-

El Art. 1513 dice: La fuerza no vicia el consentimiento, 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 género todo acto que infunde en una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguna de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.- El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe su misión y respeto, no basta para viciar el consentimiento; indudablemente estos imperativos doctrinales del Código son trasladables a las testamentifacciones.-

El temor reverencial es una especie de violencia moral impotente para dañar el consentimiento, pero que sin embargo es tomada en cuenta por el legislador, en algunos casos, para templar su rigor en pro de quien la sufre.-

Más rigurosas son las consecuencias de la fuerza que interviene en la testamentifacción de las causadas por ella en los contratos.- En los testamentos

no es posible discriminar con certidumbre si la fuerza que medió para ciertas cláusulas, tuvo incidencia en las otras.- Sobre todo, la ley quiere que el acto testamentario, considerado como un indivisible todo, sea espejo de la libre expresión de voluntad; tal vez fue esta razón la que se apreció para cambiar primitivamente propuesto en el proyecto de 1853 de don Andrés Bello, que no anulaba el testamento, sino las determinadas cláusulas arrancadas por la fuerza; el texto imperante prohíbe distinguir y fulmina total nulidad.- En los contratos la fuerza no origina nulidad absoluta sino relativa; el acto del forzado es susceptible de confirmación expresa, y aún de confirmación tácita que se deduce de no ejercer en tiempo la acción rescisoria.-

EL ERROR: El error es la oposición o discordancia de nuestras ideas de las cosas.- Se distingue de la ignorancia, porque esta es la carencia de toda noción exacta sobre determinada cosa.- Del error se tiene la noción, pero evoca oscurecida y oculta por un pensamiento falso.- Cuando en derecho se habla del error, se comprende también a la ignorancia.- El error se divide en error de hecho y error de derecho.- El primero es la falsa apreciación de circunstancia de hecho; la creencia equivocada sobre la existencia o no existencia de una cualidad o de un acontecimiento.- El segundo es la apreciación falsa sobre lo que disponen las leyes.- Todas estas ideas han sido ratificadas por la Corte.-

El error de derecho no es reconocido como vicio del consentimiento de las obligaciones (Art. 1.509), ley compasada con el principio general de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (Art. 9o., Art. 56, C.P. y M.) *Nemini jus ignorare lices.*- En la legislación francesa, siempre el error vicia el consentimiento, ya caiga sobre el hecho o sobre el derecho.-

En los testamentos, la doctrina del error es mas sencilla que en los contratos.- En los primeros está intimamente vinculada a la teoría de las -

causa.- Todo se condensa en el precepto claro del Art. 1117 que dice: - "La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin ese error no hubiere tenido lugar, se tendrá por escrita".- Causa es, según el Art. 1.524 Inc. 2o. el, "motivo que induce al acto o contrato", porque en todo acto jurídico pueden coexistir varios motivos: unos, que son el objeto inmediato de la declaración de voluntad, y otros, enteramente personales, infinitamente varios, según la intención del agente.- Así, cuando una persona hace un legado, claro que su acto -- está, o puede estar, informado del espíritu de liberalidad, y este solo -- espíritu basta para causarlo (Art. 1.524), si ningún otro ha movido al testador; pero además de ese espíritu general de liberalidad, coexistente con él, aún sin él, el testador puede haberse movido por otras consideraciones enteramente personales, que son las que propiamente se denominan "Motivos".- Estos motivos, en la intención del agente pueden haber sido -- tan importantes, como para ser, precisamente, los que impulsaron a obrar al disponente, y por eso los llamaremos "motivos fines".- Según el Código, el estatuto sobre el error, como vicio del consentimiento en las liberalidades, descansa en la consideración de los motivos fines; el error respecto de ellos, anula la asignación como carente de causa.- La norma colombiana consagra para los testamentos los que la jurisprudencia francesa llama teoría de la causa impulsiva y determinante, según la cual los motivos -- individuales, exteriores, al acto, deben apreciarse para decidir si son -- motivos fines, de su validéz y firmeza.-

Por manera que en la testamentifacción, si el testador ha asignado una cosa, impulsado o determinado a ello por un motivo erróneo, la asignación -- se tendrá por no escrita.- Comprendiendo así la noción de causa, circunscribiéndola a los motivos fines, difiere mucho a la que por tal entiende la escuela tradicional, que la distingue del puro motivo, diciendo que -

aquella es el motivo próximo, y este el remoto.- Por causa, en las asignaciones, nosotros señalamos el motivo determinante, la razón decisiva, el motivo fin, y no la simple intención de donar.-

En general, el error puede caer en el sujeto o el objeto de una asignación.- Si cae en el sujeto, puede subdistinguirse si versa sobre el nombre del asignatario, sobre la persona de éste, o sobre sus cualidades que han sido causa.- El error sobre el nombre no anula las asignaciones, si no hubiere duda a cerca de la persona (Art. 1.116).- Tampoco la anula el que versa sobre la calidad del asignatario, sino ha sido causa impulsiva y determinante.- En todos los demás casos el error sobre la persona invalida la asignación, porque es propio de las liberalidades el ser intuitu personae.- En ningún Instituto como en los testamentos se mira tanto la consideración de la persona.-

El error sobre el objeto puede caer sobre la identidad de la cosa o sobre la sustancia, o sobre las cualidades esenciales, o la cantidad, o las cualidades accidentales.- En estos siempre debe distinguirse si han sido o no causa impulsiva y determinante.-

EL DÓLO: Se llama dolo el engaño malicioso que interviene en los actos jurídicos.- Es toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio -- destinado a inducir a error con el propósito de perjudicar.- La definición legal es la siguiente: "la intención positiva de inferir injuria a una -- persona".- Definición bien amplia porque no exige sino que la intención, -- elemento subjetivo e interno, se traduzca externamente.- Intención positiva es intención expresada.- El Código no trae reglas especiales que prevengan la influencia del dolo en el acto testamentario.- Esto explica, -- pues no se concibe como puede obrar el dolo sino es por medio del error.- No hay lugar a distinguir en los testamentos, como en los contratos, si -- el dolo es de una de las partes o de un tercero; siempre provendrá de un

tercero.- El dolo no se distingue del error en las testamentifacción - sino cuando es error provocado y malicioso.- El mas frecuente viene de maniobras ejercidas sobre una persona de voluntad débil, para decidirla a efectuar una liberalidad testamentaria.- Esto se denomina captación de la voluntad, que no siempre constituye causal, de invalides, sino cuando es resultado de maquinaciones destinadas a producir un error de los que vician el consentimiento.-

OBJETO LICITO

TERCER ELEMENTO DE FONDO

El testamento, como toda declaración de voluntad destinada a producir un fin jurídico, cual es disponer de los bienes para después de la muerte, debe tener un objeto lícito.- El objeto de las asignaciones, la materia sobre que versa, puede ser la totalidad del patrimonio, o una cuota de esta universalidad (Asignaciones universales y asignaciones a título particular o legados) (Artículos 1.008 y 1.124).- El objeto de las asignaciones debe ser lícito, determinado, posible y estar en el comercio.- En el análisis de las asignaciones universales, como su objeto engloba todo el patrimonio, solo excepcionalmente tiene interés el estudio de las cualidades del objeto, pero en los legados juega papel importante este elemento.-

LA CAUSA DE LAS LIBERALIDADES

CUARTO ELEMENTO DE FONDO

Tratando el error expusimos la importancia que en los testamentos tiene la noción de la causa.- La utilidad jurídica de esta idea ha sido controvertida en el derecho de las obligaciones.- "De los autores anticausalistas, es Planiol quien ha impugnado con mas vigor la teoria de la causa, que él declara inútil y falsa, mas en relación con las liberalidades ha dicho: Nuestros autores mas recientes, queriendo distinguir la causa del motivo, no han encontrado, respecto de una donación, sino la voluntad de donar, considerada de una manera abstracta e independiente de los motivos que la han hecho nacer.- Esta concepción siempre me ha parecido vacía de sentido. Qué es una voluntad desprovista de motivo? Cómo apreciar el valor moral?- Solo quizá dentro de los autores modernos Laurent ha reconocido que la

causa de una donación no es mas que su motivo.- Según Planio, pués, en las liberalidades, la causa y el motivo se confunden, y esto también opina Laurent.-

Los causalistas modernos como Callin y Capitant, están acordes con Planiol, en que "la intención liberal no es lo que debe entenderse por causa en las liberalidades.- Es una tautología decir que el donante dona porque quiere-donar.- La verdad es que 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".- Por tanto conviene descubrir, cual es el móvil determinante que lo impulsa.- La suerte de la liberalidad dependerá de saber si el móvil de la misma no encierra nada contrario a -- las leyes o a las buenas costumbres.- Nosotros estamos de acuerdo con esta opinión que es tan acorde con las definciones legales (Art. 1.524 y 1.117).- La causa de las liberalidades testamentarias es el motivo impulsivo y determinante que tuvo el testador, motivo que debe ser real y lícito - (Art. 1.524)- La causa así entendida es factor que decide de la validéz de las asignaciones.-

Trataremos en este capítulo lo relativo a la nulidades internas. Llámandose "internas" las nulidades de que pueden adolerecer las disposiciones testamentarias a las que faltan requisitos de fondo por oposición a las externas, que se ofrecen por omisión de solemnidades.- Tanto las unas como las otras, son nulidades absolutas, omisiones de los requisitos y formalidades prescritas por la lye en consideración a la naturaleza del testamento mismo (Art. 1.741), que no pueden sanearse ni confirmarse.- Esta distinción es conforme con la diferencia que hemos hecho entre el testamento considerado como un acto en el sentido de negotium (nulidad interna, nulidad del acto), en el sentido de instrumentum, (nulidad del instrumento).- Alguna de las nulidades internas tienen como resultado invalidez todo el testamento, como la

fuerza; y declaradas convierten a la sucesión de testada en intestada.--
Por ser absolutas, toda persona que tenga interés en que se declaren puede alegarlas, y aún el Ministerio Público en interés de la ley.--

FORMALIDADES ESENCIALES DE LOS TESTAMENTOS

TESTAMENTOS SOLEMNES Y PRIVILEGIADOS

El testamento siempre es solemne, pero unas veces mas que otras desde el punto de vista de las fórmulas, se puede decir que hay dos clases de testamentos (Art. 1.064): los ordinarios y los excepcionales son las circunstancias en que se ve colocado el testador, lo que permitirá acudir a los privilegiados, de solemnidades fáciles y sencillas.-- Se facilita así, el ejercicio del derecho de testar, en casos en que sería excesivo o imposible -- exigir los requisitos ordinarios.--

Se reconocen dos maneras de testamentos ordinarios o solemnes: el abierto, nuncupativo o público, y el cerrado o secreto.-- Se distinguen esencialmente estas dos formas, según que las personas que intervienen en el acto, distinto del propio testador, conozcan o no el contenido del testamento mismo.--

TESTAMENTO ABIERTO, NUNCUPATIVO O PUBLICO

Capaces de otorgar testamento abierto son todos los que puedan hacerse entender de viva voz, aunque no sepan leer y escribir.-- Dos modos hay de testamento abierto: un principal y otro subsidiario.-- El modo principal es ante Notario y tres testigos; el subsidiario, para cuando no hay notario, en presencia de cinco testigos (Art. 1.070-2.578).--

No es necesario que el deponente escriba por sí mismo, ni es tampoco necesario que dicete, porque puede tenerlo escrito previamente (Art. 1.074); ni siquiera es esencial la firma del deponente, porque quienes no saben leer y

escribir pueden hacerlo.- Lo esencial en cuanto al otorgamiento mismo, - consiste en que sea leído todo, en alta voz, por el notario, si concurre, o por uno de los testigos designados por el testador, si es ante cinco -- testigos.- Lo esencial también es, que se conserve la unidad del acto, - respecto al tiempo y respecto a la persona, es decir, que un mismo notario y unos mismo testigos estén presentes y a la vista del testador, mientras el testamento es leído, en forma que todos oigan íntegramente la -- lectura.-

El otorgamiento termina con la firma del Notario, si lo hubiere, del testador y de los testigos (Art. 1.075 Inc. 1o.) Si el testador no sabe o no puede firmar, el Notario mencionará esta circunstancia (Inc. 2o. del mismo Art.), expresando la causa; pero si uno de los testigos es quien no sabe o no puede firmar, otro de los testigos firmará por el que no sabe o no puede, a ruegos suyo (Inc. 3o. del mismo Art.).- "Sobre la firma del testador en el abierto, ha dicho la Corte: Los testamentos abiertos pueden ser válidamente firmados por el testador con firma no entera, con tal que sean conocidos del Notario y las demás personas que intervienen en su otorgamiento.- El espíritu de la ley que exige, y no como indispensable, - la firma del testador en el testamento, no puede ser otro que el de que -- ese documento, que ha de producir sus efectos después de la muerte de -- aquel, lleve consigo una señal inequívoca de su autenticidad.- Y la causa por la cual la Corte admite como bastante esa firma deficiente, es lo dispuesto en el Art. 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 C.C., que exigía en los instrumentos públicos las firmas enteras de los otorgantes, y disponer en el -- Art. 333 de la ley 57 de 1.887 que bastará en tal caso las firmas no ente

ras, 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 conque acostumbran firmar cuando gozaban de salud.-

El vocablo firma, dice también la Corte Suprema, no es equivalente a la firma entera.- El C.C. exige en unas ocasiones, que el acto se autorice con firma entera, en otras, solo requiere la firma 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.- La sustancia general de las fórmulas del testamento abierto es tomada del derecho español con algunas modificaciones.- En aquel derecho, también el testamento abierto o nuncupativo se disponía ante un escribano y testigo, o solo en presencia de testigos.- Condición esencial en ambos casos fue el ser dictado o leído de viva voz, por el disponente.- Esta solemnidad de ser dictado o leído por el testador, se exige en Francia para el testamento auténtico (Art. 972 C.F.), y la manera nuestra ha sido censurada por el aspecto de que se ha desvirtuado el propio carácter de este testamento, que es el ser dictado de viva voz por el mismo disponente, para mayor garantía de autenticidad y fidelidad, y toda vez que el dictado o la lectura obligan al testador a concentrar su atención en el acto que está verificando.- La censura es merecida porque la solemnidad testamentaria ha sido rebajada tanto, que el otorgamiento del abierto, cuanto a la forma misma de otorgarse, no se diferencia de una escritura pública ordinaria, sino en la intervención de tres testigos, en vez de dos que ésta requiere.- Entre nosotros también son nulas las disposiciones expresadas con las palabras SI o NO, reponiendo a una pregunta -

(Art. 1.118) pero la nulidad no se extiende a todo el testamento, sino a las referidas cláusulas.-

Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista y las personas cuya presencia es necesaria, oirán todo el tenor de sus disposiciones. Es la unidad del acto en cuanto al tiempo y en cuanto a las personas, requisito esencial cuya pretermisión acarrea nulidad.- Las cortas interrupciones causadas, por ejemplo, por algún accidente sobrevenido al testador, no menoscaban la nulidad del acto.-

El testamento nuncupativo solamente, como subsidiario, es otorgado ante testigos, sin la presencia del notario, y se recurre a este modo cuando en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario, o faltara este funcionario.-

La palabra lugar no debe tomarse como sinónima de circuito de Notaria, por que estando dividido el territorio de la República en circuitos de Notaria, no habría lugar ninguno donde pudiera otorgarse el nuncupativo ante testigos, y la ley quedaría sin efecto.- Tampoco puede reducirse el alcance de la expresión mencionada, hasta tenerla como equivalente a cabecera de Notaria, pues entonces sobraría las palabras "o faltare dicho funcionario" - como vacías de sentido.- La inteligencia mas juiciosa del precepto, la sugiere el mismo Código en su Art. 1.578 porque de su contexto se induce que el documento nuncupativo sin notario, puede extenderse, aun en cabeceras de notaria, cuando el Notario no estuviere desembarazado, libre de estorbo, dispuesto a obrar;- Interpretando así, la enfermedad del Notario, o su ausencia prudencialmente apreciada, su transitoria incapacidad, o cualquier otro impedimento parecido, justifica el otorgamiento del nuncupativo ante testigos.- La memoria escrita ante cinco testigos, no es testamento ni tiene caracter de tal mientras no se proceda su publicación.-

(Art. 1.077).- Esta diligencia de formalidad esencial del testamento, va - enderezada a convertir en documento público lo que sin ella es uno puramente privado.- La solemnidad está tomada de la ley 6a. , Título 3o. partida- 6a. y se realiza pidiendo al Juez competente, que es del último domicilio del de cujus (Art. 1.065) que haga comparecer a los testigos instrumentales, para que reconozcan sus firmas y las del testador.- Si algún testigo no puede comparecer, bastará que los instrumentales presentes, reconozcan la firma del testador, las suyas propias y las de los ausentes, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.- Cumplidos estos presupuestos, el Juez y el Secretario rubricará el testamento, que el Juez declarará nupativo, expresando la fecha, mandará a pasar con todo lo actuado, al notario respectivo previo registro.-

TESTAMENTO CERRADO O SECRETO

Según el derecho español el testamento secreto, llamado también escrito, - fue el contenido en una escritura cerrada, cuya cubierta debía estar asignada por el testador, el escribano y siete testigos.- Llamóse escrito, por serlo por el testador.- También en derecho francés existe este testamento- que se llama místico que significa SECRETO.- El místico es un escrito firmado por el testador, en cubierta sellada y cerrada que debe presentarse al Notario y seis testigos para que en tal cubierta se extienda una diligencia llamada acta de suscripción, firmada y fechada por el Notario y por los referidos testigos.-

El testamento cerrado llena una necesidad humana, cual es mantener en reserva hasta después de la muerte las disposiciones de última voluntad.- El cerrado es exclusivo de las personas que saben leer y escribir, quien solo pudiera dibujar su firma, no podría acudir a esta manera de testar.- Debe otorgarse ante Notario y cinco testigos y sus solemnidades, parecidas a los que

que consagraba antes el derecho español y todavía consagra el derecho francés, consiste en la presentación de la escritura cerrada al Notario y los testigos, con declaración de viva voz que tal escritura contiene su testamento.- Los mudos harán esta declaración en presencia del Notario y los testigos: el notario escribirá sobre la cubierta, bajo la palabra "testamento", una diligencia expresiva de las circunstancias de encontrarse el testador en su sano juicio, del nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y del lugar, día, mes y año de otorgamiento. Si el testador no pudiere firmar, lo hará otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno de los testigos no supiere o no pudiere firmar lo harán otros por los que no supieren o no pudieren firmar, de manera que en la cubierta aparezcan siempre siete firmas: La del testador, la de los cinco testigos, y la del notario.-

Debe también conservarse durante el otorgamiento la unidad del acto, cuanto al tiempo y cuanto a las personas, sin otra interrupción que los breves intervalos requeridos por algún accidente.-

Las anteriores fueron las primitivas formalidades, que han sido completadas por la ley 36 de 1.931 para añadir la de que, después de otorgado el testamento, se extiende una escritura pública firmada por el testador, el Notario y los mismos testigos que asignaron la cubierta, que dé razón del lugar, día mes y años del otorgamiento; del nombre y apellido del Notario; del nombre y apellido y vecindad del testador los testigos, de la edad del otorgante, de la circunstancia de estar a su entero y cabal juicio, del lugar de su nacimiento y a la nación a que pertenece, además de una relación pormenorizada de la clase, estado y forma de los sellos y descripción de las señales que como medio de seguridad contenga la cubierta.- La reforma de la ley 36 de 1.931, aumentó las solemnidades del cerrado, pero atendiendo a preceptuar

una practica recomendada por una resolución ejecutiva que aprobó otra del Gobernador de Cundinamarca, consistente en extender, al tiempo del otorgamiento, una escritura pública que fuera atestación de lo ocurrido.-

Saludable es la reforma que precabe abusos, y aumenta las garantías de autenticidad.-

APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO

La naturaleza propia del testamento cerrado, cuyo contenido solo el testador conoce, exige que la ley organice una forma de inspeccionar antes de abrir la cubierta que lo encierra, su identidad y estado de conservación, evacuando, precisamente, las declaraciones de los testigos instrumentales y del Notario.- A este fin se encaminan las diligencias de apertura, que son parecidas a las del nuncupativo sin Notario, pero esencialmente distintas.- La apertura no es parte integrante del testamento, sino requisito procedimental necesario para su ejecución, al paso que la publicación del nuncupativo, es formalidad sustancial.-

No ha de abrirse la cubierta sino después de que el Notario reconozca ante el Juez, que es del último domicilio del testador, sus firmas respectivas y las del mismo disponente, declarando, además si en concepto de los deponentes está cerrado, sellado y marcado tal como en el acto de la presentación.- Si la comparecencia de todos los instrumentales no fuere obtenida, bastará que los presentes reconozcan las firmas del testador y las suyas propias, y que abonen las de los ausentes.- La firma del Notario y de los testigos ausentes, pueden también abonarse por declaraciones de otras personas fidedignas a juicio del Juez como se dispone para la publicación del nuncupativo.-

Este procedimiento de la apertura tiene su origen en el derecho español y puede ser invocado por cualquier persona que tenga interés en ella, o por quien posee el testamento, siguiendo los trámites testamentarios del C.J. en su Art. 921 y siguientes.- 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.-

TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS

Los testamentos privilegiados no están sujetos a todas las formalidades - preceptuadas en general para los ordinarios; son los menos solemnes.- Pero siempre son solemnes; nunca meramente consencuales, lo cual significa que no basta que conste en ellos genuinamente la última voluntad del disponente, sino que deben acopiar ciertas formas simples que les son esenciales.-

En derecho español rigurosamente hablando, no fue reconocido mas testamento privilegiado que el militar; en derecho francés hay el militar, el marítimo y el testamento de epidemia (Art. 981 a 996 C.F.) entre nosotros - son tres: el verbal, el militar, y el marítimo (Art. 1.087).-

SOLEMNIDADES COMUNES A LOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS

Ante tres testigos deben ser ordenados todos los testamentos excepcionales.- En estos puede atestiguar toda persona mayor de dieciocho años, que vea, oiga y entienda al testador, y que no sea de las que han sufrido con denación a cuatro años de reclusión o mas.-

Ocurre inquirir si los herederos o legatarios que intervengan como testigos, pueden recoger sus asignaciones, punto que debe ser resuelto negativamente ya que el precepto del Art. 1.119 extiende su prohibición a toda clase de testamento.- Podrá, pues, acontecer que, si en un privilegiado - se instituye como único heredero a quien sirvió de testigo, tal instrumento carezca por completo de eficacia, no en razón de nulidad externa sino por la inhabilidad especial que afecta al asignatario, que lo impide recibir por ese testamento.-

En los privilegiados escritos, los testigos deben saber leer y escribir,- formalidad mas rigurosa de la requerida para el abierto ordinario en que

permite la concurrencia de dos analfabetos.- Además en los cerrados privilegiados, que son escritos todos los cinco testigos han de saber leer y escribir cuando en los ordinarios cerrados se admiten tres que no lo sepan (Art. 1068, 1.104 - y 1.111).- Es difícil justificar esta anomalía. Siendo en los privilegiados menos numerosos los impedimentos de los testigos, menos ocasiones existen en que haya utilidad en acudir a la habilidad putativa para salvar la validez del testamento.- Pero es evidente que tal teoría debe reconocerse sin restricción alguna, sobre todo para el testamento verbal, que tiene lugar en caso de peligro inminente de la vida del testador.- Con esta verdad no se compece el Inc. 2o. de Art. 1.088 que dice: Bastará la habilidad putativa con arreglo a lo prevenido en el Art. 1.069, porque así se restringe la eficacia de la dicha habilidad a un solo testigo.- Con todo, por ser las causales del impedimento en los privilegiados, de la clase de las naturales, exceptuando solo la de haber sido condenado a reclusión que es legal, raro será que el impedimento deje de mostrarse en el aspecto de comportamiento del testigo, por lo cual la habilidad putativa tendrá escaso interés práctico.-

Esencial a todos los privilegiados es que el testador diga expresamente su intención de testar, y que se observe la nulidad del acto en cuanto al tiempo y en cuanto a las personas. (Art. 1089).-

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

El Código legisla sobre parte de lo que puede ser contenido del testamento porque da reglas para su interpretación general, indica la manera como designasse el sujeto y objeto de toda asignación, desarrolla la teoría de las modalidades con que pueden afectarse las asignaciones, y declara la naturaleza y los efectos de alguna cláusulas especiales de los testamentos. Al estudiar los requisitos necesarios para suceder, dijimos que la ley -- crea ciertas incapacidades, que deben recibir el nombre de inhabilidades, y que son prohibiciones que no permiten a ciertas personas recibir por -- testamento en determinadas sucesiones.- Entonces vimos la que afecta al eclesíastico confesor de la ultima enfermedad o confesor habitual del testador en los dos años anteriores a la fecha del testamento.-

El notario que autoriza el testamento o el funcionario que haga sus veces, el conyuge del notario, y sus ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o sirvientes asalariados, estan impedidos para recoger cualquier liberalidad que se les haya.- Si alguna de estas personas es intituida una heredera universal, su inhabilidad tendrá por efecto que la herencia pase a los abintestato; sino es única, o si es a título particular, la materia asignada para en quien, por el testamento o la ley, tenga vocación para recogerla.- El fundamento de esta prohibición es el mismo que informa la inhabilidad del sacerdote confesor, porque se teme que el notario abuse de su ministerio para grangear, inclinando la voluntad del disponente a su favor, o de sus parientes o allegados.- La precaución no es peculiar de los testamentos porque el Art. 2.562 incapacita al Notario para autorizar instrumentos en los que tenga interés él o sus allegados, y la nulidad se limita, en estas escrituras como en los testamentos, a las cláusulas precisas en que el Notario se encuentre interesado.-

La incapacidad de los hijos ilegítimos para recibir por testamento, existió en derecho francés hasta 1.896.- El Código de Napoleón estableció entre ellos una rigurosa legislación, permitiendo que sucediera por testamento solo en parte muy pequeña de la herencia y aun hoy día, en concurrencia con descendiente legítimos, es restringida su capacidad para recibir por testamento.-

Ninguna de estas medidas tan injustas tuvo eco en nuestro estatuto; las asignaciones forzosas protegen eficazmente los intereses de la familia, y marca los linderos dentro de los cuales el testador puede moverse libremente.- Tampoco quedaron insertadas en nuestro Código las prohibiciones de recibir que afectan a los médicos, ministros de los cultos, boticarios, oficiales de marina, congregaciones religiosas de mujeres, según el derecho francés.-

No pueden recibir por testamento ni el notario que lo autoriza, ni el funcionario que haga sus veces.- Este excluye al Ministro Diplomático, Consul o Secretario de Legación ante quien se otorgue en el extranjero (Art.1085) También se hallan impedidos el conyuge del Notario y sus ascendientes, descendientes, hermanos, y sirvientes asalariados, a los del funcionario que intervengan en vez del notario.- La enumeración es defectuosa, porque no comprende parientes a fines mas cercanos que los cuñados, como los suegros, los yernos y entenados.-

Lo mismo se dice de los testigos que intervienen en el testamento.- La inarmonía de este precepto con el Art. 1068 Inc. 17 se pudo acomodar haciendo prevalecer el imperativo de 1.119 Inc. 2o. o sea declarando válido el testamento, pero nula la cláusula a favor del testigo interesado, como efecto de su inhabilidad especial.- La expresión lo mismo extiende el impedimento al conyuge, parientes y asalariados de los testigos, cuya extensión exagerada, sobre todo en los testamentos privilegiados, es bien patente.-

DESIGNACION DEL ASIGNATARIO

La libertad crea una relación jurídica entre el deponente y el beneficiado, que conduce a una transmisión de bienes.- Por lo tanto, es clarísimo que no es practicable una libertad si es desconocida la persona del beneficiado.- Cuando esta persona es completamente incoñosible, ninguna relación jurídica puede nacer, porque no se sabe quien es el sujeto activo del derecho.- La transmisión de bienes es entonces irrealizable.- El derecho romano construyó una teoría completa sobre personas inciertas, entendiendo por tales aquellas de quienes el testador no podía tener idea ninguna.- Estas personas eran incapaces de ser intituidas según un rescripto de Adriano.- De persona incierta es famoso el ejemplo de Gallo "Instituyo a la primera persona que concurra a mi entierro" y así fueron anulados, legados hechos que diere a su hija en matrimonio al hijo del testador" casos todos en el que el disponente no podía tener idea precisa y concreta de la persona del legatario en el momento de instituirla.-

El Código nuestro exige que, "Todo asignatario sea persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento (Art. 1.113).- No se quiere reproducir la incapacidad de las personas inciertas según el sentir romano, sino simplemente que sea inequívoca la designación del causahabiente mortis causa.- Quedan, pues, sin eficacia, las disposiciones que no pueden ejecutarse en razón de ser incoñosible la persona del asignatario, lo que ocurre tanto en el caso de que el mismo disponente no haya tenido idea cierta sobre la persona de su sucesor, como cuando, habiéndola tenido, no acerto a describirla en forma que pueda ser conocida por los demás.- Así lo requerían las leyes de Partida: "La persona de aquel a quien es fecha la manda, debe ser puesta e nombrada ciertamente, de guisa que puedan saber qual es, o por su

nome, o por otras señales, casi ciertamente non fuesse, non valdría la - manda".-

Lógicamente se desprende de lo expuesto que la incertidumbre y la indeterminación son una misma cosa, considerada desde dos puntos de vista diferentes: subjetivamente, o respecto del testador, que tenga idea clara de la persona de su causahabiente, certidumbre intrínseca: objetivamente, -- respecto de los terceros que puedan saber quien es el agraciado, certidumbre extrínseca.- El asignatario ha de ser determinado intrínseca y extrínsecamente.-

Pero la determinación puede ser directa o indirecta: directa, si el testamento designa al asignatario de manera inequívoca, con su propio nombre: -- e indirecta, cuando del testamento se sacan los datos claros para conocerlo.- En Francia confirmaron la validez de un legado, hecho a las trece ciudades francesas que tengan mas obreros pobres, por apreciarse que las estadísticas ofrecen elementos claros para determinar esas ciudades.- Don Andrés Bello trae el siguiente ejemplo de asignación indirecta "la persona - que me salvó del naufragio; el hijo de A. que se casare con B." La primera redacción que le dió Bello al precepto de que hablamos, difiere en la forma, pero no en el fondo del que llegó a ser el Art. 1.113 del Código Colombiano.-

Llegando mas al fondo de nuestro tema, podremos darnos cuenta que el Art. 1113 Inc. 1o., es consecuencia ineludible de principios ya formulados en la ley, porque si la facultad de testar indelegable como lo establece el Art. 1.060, facil es concluir que cualquier manera de institución en que el testador mismo no señale la persona del asignatario, se traduce en una delegación de aquella facultad.- De aquí también se infiere, como lo expresa la Corte, que "la disposición prohibitiva del Art. 1.121 del C.C., se-

gún el cual la designación de un asignatario testamentario, no puede dejarse al puro arbitrio ajeno, se refiere unicamente al Inc. Io. del Art. 1.113, es decir, a todo asignatario que no sea un objeto de beneficencia, pues es intima la relación que existe entre dicha prohibición y aquel Inc". En el derecho español la designación indirecta debía producirse por demostración o señales que despejaran toda duda sobre la persona instituida, y con tal que no fueran injurias o dicitrios, y desde entonces también fue imperativo, que la designación de heredero proviniera del mismo testador, pues ni aún por comisario testamentario era permitido instituir. Se comprende también que entre nosotros no tiene lugar lo que denominan los autores frances "facultad de elegir" o sea el derecho acordado por el testador a un tercero para designar la persona del asignatario, cláusula muy usada en el tiempo anterior al Código francés, que no ha sido expresamente prohibida, pero que la jurisprudencia se inclina, cada vez mas a considerarla nula. No valdrá la disposición concebida en estos terminos: dejo tal cosa a la persona que fuere designada por A. o herede tal cuota de los bienes aquel de los hijos de B. que fuere designado por C.

DESIGNACION DE PERSONAS FUTURAS

Hay veces en que al obstáculo para ejecutar una liberalidad, consistente en su indeterminación sea agrega el de la inexistencia del asignatario en el momento de deferirse la asignación. Sabemos que son válidas las asignaciones a personas futuras, cuya existencia ha de esperarse treinta años, que pueden ser personas naturales, que no existen mas se espera que existan, o que han de prestar algún servicio importante, o personas futuras que han fundarse. La incapacidad derivada de no existir es cosa por completo diferente de esta imposibilidad de hecho que

genera la indeterminación: personas que existen al tiempo de morir el disponente, pueden verse privadas de su asignación por haber sido indeterminadamente designadas; y a la inversa, personas futuras, y personas incapaces por no existir, pueden ser inequívocamente designadas.-

La indeterminación no es una incapacidad parecida a la de las personas incertae del derecho romano, sino un obstáculo de hecho, que no permite individualizar el designado.-

DESIGNACION ERRONEA Y DESIGNACION ILEGAL

"El puro error sobre el nombre o calidad del asignatario, no vicia la designación (Art. 1116) si no hubiere duda acerca de la persona.- Es ilegal y carece de valor la designación dada a conocer por las solas palabras Si o No, o por una señal de afirmación o negación, respondiendo a una pregunta (Art. 1118); esta manera de designar no se acomoda dentro de las ritualidades prescritas.-

También se dejan asignaciones a objetos de beneficencia, de la manera general que implanta el Inc. del Art. 1.113, se hacen excepciones.- Unas se refieren a las asignaciones para objetos de beneficencia.- Es manifiesto que la palabra objeto, está usada en el sentido fin o propósito y según el pensamiento de la Corte, el objeto de beneficencia a cuyo favor se pueden hacer asignaciones testamentarias, comprende todo los objetos de beneficencia posibles, todos los que el testador puede contemplar sin limitación alguna,-y no solamente los establecimientos de beneficencia, los pobres y el alma del testador de que habla el Inc. 3o. y siguientes del Art. 1.113 del C.C.- Por esta razón no ha de reducirse el alcance del Inc. 2o. del Art. 1.113 a las asignaciones que tengan fines caritativos, pues la palabra beneficencia designa todo fin benéfico, todo propósito-

de mejoramiento intelectual, moral o puramente material.-

Una asignación a objeto de beneficencia, valdrá como deferida a un establecimiento de beneficencia no designado.- Lo dejado a un establecimiento de beneficencia sin designarlo, se entiende pertenecer al que designe el Jefe del territorio, prefiriendo alguno de la vecindad o residencia del testador.- Puede decirse que el Jefe dicho, es el Gobernador del Departamento

DETERMINACION DEL OBJETO DE LAS ASIGNACIONES

La asignación puede versar sobre todo o parte del patrimonio (asignación universal y a título universal) o sobre cosas particulares determinables.- De la propia manera que la persona del asignatario, ha de ser determinada directamente o por lo menos determinable, así también debe serlo la cuota si la asignación es a título universal o las cosas pertenecientes al legado.- Esta norma no es peculiar a las asignaciones testamentarias, sino general para toda declaración de voluntad que tenga por fin crear obligaciones.- El Art. 1.518 requiere que el objeto de toda obligación sea determinado o determinable.- La regla es de simple sentido común: las obligaciones se acrean para ser ejecutadas, y no es posible ejecutar aquella cuyo objeto se ignora; lo impide un obstáculo de hecho insuperable.-

Las asignaciones universales, que versan sobre todo el patrimonio, quedan suficientemente determinadas en cuanto a su objeto, expresando sencillamente que se confiere la calidad de heredero; pero las que son a título universal o de cuota, serán indeterminadas y no se expresa la cuota.- Esta conclusión no se induce del Inc. Io. de Art. 1.124, pero sí del 2o.- No obstante, no es indeterminada la asignación de cuota si el testador instituye un heredero sin dejarle cuota, con otros a quienes sí la designa.- Tampoco es indeterminada la asignación de cuota si el testador ha asigna

do cuota a varios asignatarios sobrepasando la unidad.- El Código de la regla para enderezar este error del testador (Art. 1.158 a 1.160).-

ASIGNACION DE BENEFICIENCIA SOBRE OBJETO INTERMINADO: Graves salvedades - hace el Inc. 2o. del Art. 1.124.- Concede que las liberalidades a objeto beneficiencia pueden ser interminadas en cuanto a la cuota, la especie o la cantidad.- La interminación la suple el Juez, considerando para ello la naturaleza del objeto, las demás disposiciones del testador y las fuerzas del patrimonio.-

El mismo fundamento que se tuvo para aceptar las asignaciones de beneficiencia, sin asignatario determinado, mueve al legislador a tener por valederas éstas, sin objeto determinado, sin son para beneficiencia.- Todo el mundo tiene por inaceptable esta delegación de la facultad de testar a favor del Juez que conoce plena virtualidad a las expresiones mas vagas e imprecisas del disponente.- Aunque en el primer proyecto de don ¹/₁ Andrés Bello, no se dió a ésta la misma salvedad que tienen en el Código hay dos interesantes notas explicativas: si el testador, por ejemplo, ordenase a uno de sus herederos la fundación de una escuela en su parroquia, sin designar los fondos, se determinarán a juicio de buen varón los que fuere de invertirse en este objeto, según la necesidad de la parroquia; y la asignación debería ser tanto mas liberal cuanto mas pingüe el patrimonio, y mas desembarazado de otras cargas, como legítimas, alimentos, legados, etc.- Si por ejemplo se dejaren ciertos fondos para un establecimiento de caridad, sin otra especificación, se haría la aplicación de estos fondos aun hospital, escuela, hospicio, o cualquier otro objeto de esta clase que fuese designado por el supremo Gobierno.-

Puede, pues afirmarse que, según el espíritu de la ley, jamás debe quedar sin efecto la intención generoso del disponente, aun cuando para ello hayan de quebrantarse los mas acatados cánones jurídicos.- Y a es mucho

que el legislador reconozca asignaciones sin sujeto determinado, para --
que pueda admitirse, sin dar lugar a la censura, esta manera de liberali-
dades tan imprécisas.

Haciendo aplicación conjunta de las dos excepciones, se deben ejecutar -
cláusulas tales como: "destino algo para la caridad".-

INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

Interpretar una declaración de voluntad es fijar su sentido y su alcance.- En las legislaciones formalistas esta labor fue sencilla, porque los particulares en sus declaraciones, tenían que usar formulas consagradas, cuyo alcance y sentido eran conocidos de antemano.- En las legislaciones modernas, el formalismo se halla reducido a pocos actos, - de donde brota que la interpretación sea tarea mas compleja y difícil.- Lo mismo en los contratos que en los testamentos, nuestro código se inspira en el sistema francés de caracter subjetivo, que aspira a inquirir por encima de todo la verdadera voluntad del declarante, y que no ve en la formula escrita, sino un punto de partida para llegar a descubrir el querer verdadero.- Este es el significado genuino de los artículos 1.618 sobre obligaciones contractuales, y 1.127 sobre testamento.- La idea de ser la voluntad del testador el supremo criterio interpretativo apareció desde el primero proyecto de Bello, aunque mas tímidamente anunciada.- El pensamiento moderno toma decididamente en cuenta los elementos estrínsecos, si sirven para ilustrar sobre la voluntad del disponente, extendiendo así la misión del intérprete mas allá de los términos escritos.-

Esto no significa que hayan perdido actualidad las antiguas reglas que Pothier enunciaba en su tiempo, y que todavía son canon de ciencia interpretativa, de trascendencia tanto mayor, cuanto son extensibles a todas las liberalidades ya sean por testamento o por acto entre vivos (Art. 1.473).-

DE LAS DONACIONES REVOCABLES

Las donaciones mortis causa en derecho romano fueron medios de hacer liberalidades de un carácter híbrido que participaba de donaciones intervivos y de los testamentos.- Dos propiedades las distinguían: el ser subordinadas a la supervivencia del donatario sobre el donante, y el ser esencialmente revocables.- Por tanto se asemejaban a los contratos en cuanto se sujetaban a las formas de éstos y requerían la aceptación del donatario: y se acercaban a los testamentos por ser revocables y no hacerse definitivas sino después de la muerte del donante.- El derecho francés miró a estas donaciones como contrarias a las reglas, no es válido donar y retener, y el Código de Napoleón las abolió por completo y no dejó sino dos formas de hacer liberalidades: las donaciones entre vivos y los testamentos, aunque no está prohibido someter las primeras a modalidades que se refieran a la muerte del donante o del donatario, pero siempre que se respete el principio de la revocabilidad.-

El Código sigue al derecho romano de la última época en la idea de asimilar las donaciones revocables a los testamentos, aunque no llegue a suplirlas de todo como el francés.- Lo especial de las donaciones revocables, es precisamente su revocabilidad (Art. 1.194).- Si esto es lo esencial, -- claro que no se encuentra diferencia de fondo con los testamentos, por cuya razón, el Art. 1.199 dice: las donaciones revocables a título singular, son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas que los legados.- Recíprocamente, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable.-

Existe diferencia entre las donaciones revocables y los testamentos.- En seguida trataremos estas diferencias: es verdad que no hay diferencia substancial entre donaciones revocables y testamentos, pero sí las hay accidentales, que podemos concretar así:

- a) El testamento es acto de una sola persona: la donación revocable en cuanto requiere que intervengan la aceptación de donatario es de dos personas.-
- b) El testamento no produce efectos sino después de la muerte del testador; la donación revocable, cuando es seguida de la tradición de la cosa donada produce efectos en vida del donante.-
- c) La donación revocable puede hacerse por actos entre vivos, entre conyuges y entre extraños también, si se confirma por un testamento.-
El testamento tiene fijadas sus formalidades especiales.-
- d) Las donaciones revocables se colacionan para computar la legítima -- según el Art. 1.243 por el valor que tuvieron las cosas donadas al tiempo de la entrega; las demás asignaciones por el valor que tengan al tiempo de la muerte del de cuius.-
- e) Las donaciones revocables a título singular en que se ha hecho entrega, prefieren a los demás legados cuando los bienes que deja el testador, no alcanzan para cubrirlos todos (Art. 1.200).-

FORMALIDADES DE LAS DONACIONES REVOCABLES

No son iguales éstas según que las donaciones se pasen entre cónyuges - o entre otras personas.- Para que la donación de esta clase subsista -- después de la muerte del donante, es menester, por regla general que se haga por testamento, o que se confirme por medio de este, y se otorgue, por acto entre vivos.- Porque son testamentos, y sus formalidades les son esenciales, ya que, como dice el Art. 1.056: toda donación que no se haga perfecta o irrevocable, sino por muerte del donante, es un testamento y se sujeta a las formalidades de este.- Las donaciones que se hagan los cónyuges valen como revocables, aun siendo pasadas por actos-

entre vivos y no es necesario para que subsistan, que sean confirmadas - por testamento.- La simple confesión del donante es suficiente prueba de estas donaciones.-

CADUCIDAD Y REVOCACION DE LAS DONACIONES

Por ser asignaciones testamentarias caducan por el solo hecho de morir - el donatario antes que el donante (Art. 1.202), regla evidente, pues para suceder es necesario existir en el momento de la muerte del causante, y regla obvia, que no necesita repetirse, a no ser para reafirmar que la entrega de la cosa, no cambia por nada el principio.- Por eso, cuando son a título singular, les cuadran también las normas explicadas sobre caducidad de los legados.- En punto a revocación lo dicho sobre los legados se puede aplicar para estas donaciones (Art. 1.203-1.204) y tal revocación - expresa o tácita, actuará en un todo como lo explicamos antrás.-

CAPACIDAD PARA HACER DONACIONES REVOCABLES

En general quien puede testar, puede hacer donaciones revocables.- Solo se presenta la excepción del menor adulto, que se refiere a las donaciones seguidas de la tradición.- Porque el hijo de familia solo es capaz de testamento que haya de tener efecto después de su muerte (Art. 309) y la donación revocable, seguida de tradición, erige al donatario en gozador de la cosa en vida del menor.- Luego sin la autorización del guardador, el menor adulto no puede dar ese goce precario.- El Art. 309 no se refiere sino al hijo de familia, pero debe extenderse a todo menor, porque donde hay la misma razón debe existir igual disposición.-

RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TESTAR

La controversia sobre si ha de dejarse que el hombre tenga pleno arbitrio de disponer de sus bienes para después de la muerte, o si su libertad ha de ser recotada en interés de la familia, sobre todo de los hijos, es un asunto que escapa a nuestra consideración.- Los partidarios del segundo de estos extremos, han creído tan humana y natural la institución de las legítimas, que la llaman, "nom scripta, sed nata lex," - porque ha nacido con la especie humana, ha precedido a todas las constituciones civiles y políticas, y la naturaleza misma la ha gravado en el corazón de los padres.- En cambio, los sostenedores de la libertad de testar piensan que esto es lo mas conforme con el derecho natural, - el buen régimen de la familia, el orden social y el progreso económico del país, y algunos llegan hasta creer que la división necesaria de la herencia entre los hijos es un mal porque apedaza las herencias, y porque la certidumbre del heredero de no poder ser despojado, embota el aguijón de la necesidad que impulsa a ser activo y laborioso.- De esta opinión fue don Andrés Bello quien como se verá en su nota que transcribimos mas adelante, se muestra ardoroso partidario de la libertad de testar, por influencia de su educación inglesa.- Si transigió con las legítimas, no lo hizo sin protesta de estar cediendo a la fuerza de arraigandas costumbres y a prejuicios.- La nota es interesante porque define muy bien la manera de ser de nuestras legítimas, derivadas del derecho español, y mas afines al derecho romano que las reservas que reconoce el Código francés.-" En el establecimiento de las legítimas, dice Bello, la filosofía no parece estar de acuerdo con la legislación.- Aquel antiguo principio de los romanos: pater familias uti -

legassit ita jus esto, sería la regla que propondríamos, si no fuese preciso transigir, con las preocupaciones.-

En el corazón de los padres, tiene el interés de los descendientes una garantía mucho mas eficaz que cuantas pueda dar la ley; y el beneficio que deban estos alguna vez a la intervención del legislador, es mas contrapesado por la relación de la disciplina doméstica, consecuencia necesaria del derecho de los hijos y su descendencia sobre casi todos los bienes del padre.- No se diga que la desheredación legal remedia este inconveniente.- Las legítimas no fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica.- Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de la gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean mas afectuosas y tiernas las relaciones de familia, mas santo el hogar doméstico, mas repetados los padres o procurada con mas ansia la educación y establecimiento de los hijos, el legislador de Luisiana, que ha acopiado en parte las disposiciones del C.C.F., y de los códigos españoles, han adoptado las legítimas, pero con modificaciones considerables.- Cuanto mas suave el yugo de las leyes, mas poderosa es menester que sea la venerable judicatura que la naturaleza confiere a los padres; Si pasiones deprabadas hacen olvidar aquellos de quienes hemos recibido el ser, o a quienes lo hemos transmitido.- de qué sirven las preocupaciones del legislador?.- Cabalmente a la hora de la muerte, cuando callan las pasiones malélicas y revive el imperio de la conciencia, es cuando menos se necesita su intervención.- Difunda las luces, estimula la industria, refrene por medio indirecto la disipación y el lujos.- Pues los medios directos está demostrado quenada pueden; y habrá proveído suficientemente al bienestar de las descendencias y de la ancianidad sobrevi-

viente.- A los hombres en cuyo pecho no habla con bastante energía la naturaleza, no faltarán jamás ni tentaciones ni medios de frustrar las restricciones legales, el establecimiento de legítimas no solo es vicio so porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad) sino porque, complicando las particiones, suscitando rencillas o pleitos en el seno de la familia, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiere alguna vez acarrearles".-

A esta retórica de don Andres Bello se puede oponer el hecho que demuestra el derecho comparado, de que en todas las latitudes y tiempo han tenido cabida las legítimas en las legislaciones.- Es inmensa la mayoría de las que circunscriben dentro del limite mas o menos severos, la libertad de testar, porque han palpado los fundamentos de esas restricciones. Con Planiol podemos apoyarlas en dos razones, una moral y otra social,- Razón moral porque las personas que descienden unas de otras están ligadas entre sí por un deber natural, de piedad filial por parte del hijo, de afecto paternal o maternal por parte de los padres.- Sentimos conculcado el derecho natural pensando que un ascendiente deje en la miseria a sus descendientes por enriquecer a extraños; y razón social, porque si la familia es la base fundamental del estado, el Estado una Nación, y la Nación un conglomerado de familia, es palmario el interés social de procurar el robustecimiento, la estabilidad y la estrecha unión del núcleo familiar.- Por lo demás puede también afirmarse que la plena libertad de testar no sería objetable si fuera simplemente ejercida, dentro de los imperativos de la prudencia y la justicia; y que eso no acontece, lo demuestra el que desde hace tantos siglos, los legisladores se preocupan por evitar las injusticias, resultantes de anomalías efectivas, o

desviaciones morales.- Y si por excepción en Inglaterra, debido a caracteres raciales y ancestrales costumbres, la practica de la libertad de testar no ha tenido funestas consecuencias, no pueden afirmarse lo mismo de los Estados Unidos de América, donde esa misma libertad es simultáneamente con un notable aflojamiento de los vínculos familiares (josserrand).

NATURALEZA DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

La nota trascrita de don Andres Bello revela la naturaleza propia de nuestras asignaciones forzosas.- Señalan los confines hasta donde llega la libertad de disponer por testamento.- El legislador, en principio, reconoce esa libertad, y en virtud de ella el causante rige el destino que sus bienes han de tener después de su muerte, pero siempre que sus ordenaciones no salgan de la órbita marcada por las asignaciones forzosas.- De este concepto se induce, con avidez, que las asignaciones forzosas son leyes de orden publico, son filares fundamentales en la organización social, que han sido levantados por motivos de protección a la familia, que están respaldados por razones morales, y por necesidades de público interés.-

Mas no son tan inflexibles estas leyes, que no definen los casos excepcionales en que los limites por ella fijados pueden ser traspasados.- La ley atiende a las situaciones en que el heredero forzoso puede ser privado de su asignación por su desheredamiento; pero otorga al desheredado a su vez, la acción de reforma contra el testamento en que el causante, impiadosamente, lo haya desheredado sin causa.-

La intención del legislador, el objeto que se propuso al instituir las asignaciones forzosas, marcan su naturaleza.- No son leyes exclusivas y propias de la sucesión testamentaria, también tienen efecto como regulado

ra de la sucesión intestada.- En cuanto representan restricciones a la libertad de testamentifacción, en cuanto circunscribe la eficacia de las disposiciones del causante, son leyes propias de la sucesión testamentaria pero en cuanto señalan el mínimo de lo que ciertos asignatarios han de llevar en una herencia, son preceptos de aplicación obligatoria, tanto en sucesión testamentaria, como en la intestada.-

Esta idea es cardinal: respecto de los alimentos forzosos y la porción conyugal que tienen la naturaleza de las deudas hereditarias, bien se palpa que su fuerza ha de ser la misma en una y otra sucesión, pero respecto de las legítimas y de la cuarta de mejoras, que son reservas legales para herederos abintestato, esta observación tiene especial interés, porque no estando acordes siempre, como no lo están según se ha visto, las leyes que presiden la sucesión intestada con las que organizan las legítimas, importa justificar el criterio que atrás adoptamos para hacer prevalecer éstas sobre aquellas.- Y vimos las inconfluencias que existen en el Código y en la reciente Ley 45 de 1.936 entre las leyes de la sucesión intestada y las legítimas, soltamos la dificultad que presentan fundándonos precisamente en la naturaleza propia de estas asignaciones forzosas que estamos explicando.-

De las restricciones en la sucesión testamentaria la ley establece cuatro, a saber: los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras.- Todas se llaman forzosas porque participan de la propiedad de ser obligatorias para el testador, de que se pueden suplir, cuando no las ha dispuesto, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias.- Pero fuera de este carácter, ningún otro tienen de común entre sí.- En realidad, las únicas que constituyen verdaderas restricciones de la libertad de testar, o mejor, las que tienen

naturaleza de asignaciones legalés, son las legítimas de la cuarta de mejoras, que definen la parte mínima de ciertos herederos en una determinada herencia.- Los alimentos y la porción conyugal no tienen propio carácter de asignaciones mortis causa, porque mas bien comparten la naturaleza de las deudas hereditarias: son cierto genero de deudas que habrán de descontarse del activo bruto de toda sucesión, siempre los alimentos forzosos, en ciertos casos la porción, de igual manera que se descuentan las costas generales de la publicación del testamento, los impuestos fideales que gravan la masa hereditaria y las deudas hereditarias, para obtener el activo líquido de la herencia.-

^{2o}
DE LOS DESHEREDAMIENTOS

Para que el hijo que había sido privado de herencia en el testamento de su padre pudiera ejercitar la querrela inofficiosi testamenti, era preciso, en derecho romano, que su exclusión no se debiera a justa causa.- Sobre si la causa legada para justificar la exheredación era justa, tenía el Juez, antes de Justiniano un amplio poder de apreciación.- Este Emperador limitó tal poder, porque en la Novela 115 estableció catorce causas por la cual se podía desheredar, el sistema se practicó en derecho francés antiguo, pero el código francés se lo repudió.- El heredero reservatio según el Código de Napoleón, no puede ser privado de su reserva sino por indignidad, se advierte deficiencia en el estatuto francés sobre este punto, debido a la incompleta reglamentación que hace de la indignidad.- Lo consagrado por don Andrés Bello es tomado del derecho español, que desde muy antiguo organizó el desheredamiento tomando por modelo el derecho romano.-

El desheredamiento es la disposición testamentaria por la cual se priva a un legitimario de todo o parte de su legítima (Art. 1.265), No puede el testador ordenar tal privación a su arbitrio, solo por las determinadas causales que enumera el Art. 1.266, todas las cuales consiste en agravios contra el mismo testador, o en faltas cometidas por el legitimario.- De aquí se induce que el desheredamiento tiene carácter de pena.- Por ser pena el desheredamiento participa de la naturaleza jurídica de la indignidad, la cual también genera, por agravios al de cuius o a su memoria, la exclusión de la herencia.- Pero se diferencia en que el desheredamiento es castigo impuesto por el mismo testador, a quien la ley ha otorgado ese poder, mientras que la indignidad es pena civil definida por la ley; en que

el desheredamiento no da lugar sino en sucesiones testamentarias y la indignidad en toda clase de sucesiones; en que el desheredamiento tiene eficacia para evitar el pago de una asignación forzosa debida a un legitimario, mientras que la indignidad es general a toda clase de herederos; en que el desheredamiento puede ser por el todo o en parte de la legitima, cuando la indignidad priva al asignatario de toda asignación en la herencia, aunque algunas comprenden la legitima, y en una-- (la del que se casa contra la voluntad de un acendiente) es por la mitad de la herencia.-

CAUSALES DE DESHEREDAMIENTOS

Taxativa son las causales por las cuales se puede desheredar.- Son distintas según se trate de ascendientes o descendientes, como son diferentes las situaciones y los deberes de los padres para con los hijos, que los de estos para con aquellos.- Casi todas las causas de exheredación lo son también de indignidad.- Por esto puede acontecer que el legitimario que irrogó agravios al causante, y no fue desheredado por haber muerto el de cujus sin hacer testamento, sea privado de su legitima por consecuencia de la acción de indignidad que le muevan los otros herederos.- Estudiemos los causales que son comunes para desheredar descendientes o ascendientes y después las exclusivas a los primeros.-

- a) Haber injuriado al testador en su persona, su honor o sus bienes, o los de sus descendientes, ascendientes y cónyuges.- Parecida esta causa a la segunda de indignidad que menciona el Art. 1.025.-
- b) La segunda causal de desheredación es igual a la tercera de indignidad del Art. 1.025.- En esta se expresa el grado de parentesco a que se extiende, porque se refiere a toda clase de heredero; en el deshere

damientos no es necesario porque opera solo entre legitimarios, que son los mas estrechamente ligados a prestarse alimentos.

c) El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria o la impidió testar.- Tan grave es, que hace indigno de heredar a quien lo perpetra, y que si el causante logra salir de la fuerza del imperio del engaño, puede castigar al legitimario culpable, desheredándolo.- En la indignidad se contempla el evento de que, por dolo o fuerza, -- obtenga el responsable una asignación a su favor, pero en el desheredamiento tal supuesto es imposible.-

Los tres motivos anteriores son comunes para desheredar ascendientes o descendientes, y son todos los que pueden aplicarse a los primeros; para los descendientes, además, hay otros, a saber:

- a) Haberse casado sin consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo.- Es concluyente el Código con lo ya dispuesto en el Art. 124, porque aquí se repite lo que dice ese texto.- Al estudiar la causal de indignidad consagrada en Art. 124.- El numeral 4o. del Art. 216 que estudiamos contiene un manifiesto error cuando supone que la justicia puede autorizar el matrimonio en subsidio de los padres, porque -- en ninguna parte del código se encuentra esta facultad.-
- b) Por último un descendiente puede ser privado de su legítima por haber sido condenado a cuatro años de reclusión u otra pena de mayor gravedad (Art. 1.266 Inc. 5o., 315 Inc. 4o.) o por haberse abandonado a -- los vicios, o ejercido actos infames, a menos que se pruebe que el testador no cuidó de su educación (Art. 1.266 Inc. 5o.).- Los delitos que traen aparejada una pena como la de cuatro años de reclusión, son muy graves, y haber dado motivo a pena tal es haber irrogado un agravio al honor de la familia, que justifica el desheredamiento, y la pérdida de la patria potestad.-

FORMALIDADES PARA LA VALIDEZ DEL DESHEREDAMIENTO

El Art. 1.267 no reconoce otros desheredamientos que los que se hagan expresamente, mencionándose la causal específica, que además, debe ser probada en juicio.- Desde el derecho romano se exige que la causal de desheredación sea tanto para los hijos para las hijas y los nietos.- Anteriormente a Justiniano, la mujeres y los nietos podían ser exheredados colectivamente.- El requisito existente en señalar la causal específica no significa sino que el de cujus debe determinar el hecho en que se apoya para fulminar la pena.-

Lo mas importante en esta materia es la necesidad de que el hecho generador de la desheredación se pruebe por sentencia judicial.- La necesidad de que la causal de exheredación se pruebe judicialmente, aunque cosa muy antigua, sigue siendo evidente.- No puede el código autorizar la privación de legítima sino ante la certidumbre social del delito del legitimario, si quiere conservarle a las legítimas el carácter de asignaciones forzosas. Pero no es menos cierto que en esto radica lo objetable del sistema.- Tales pleitos entre personas de una misma familia, son indudablemente escandalosos y repugnantes, cuyo motivo fue tan patente para los redactores del Código francés, que los movió a rechazar la institución, por otra parte muy conocida en el derecho antiguo.- Respetable es la objeción, pero no es decisiva: la exheredación es un medio de que dispone el padre para sancionar las leyes domésticas y ganar el respeto de los hijos, asegurando que su conducta no perjudique el honor y la tranquilidad del hogar.- Evita, además que los bienes del causante pasen a manos de quien lo ha injuriado o deshonrado, y a muchísimas instituciones del derecho se le puede también imputar que producen pleitos escandalosos.- Ninguno los son

mas que aquellos en que se ventila la nulidad de matrimonios, investigación de paternidad o maternidad sin que a nadie se le haya ocurrido estas instituciones en fuerza de parecidos argumentos,-

ACEPTACION TACITA DEL DESHEREDAMIENTO

Aun sin prueba judicial del hecho generador del desheredamiento, puede este surtir sus efectos si es aceptado por el desheredado.- La aceptación tácita se produce por el hecho de no ejercitar la acción de reforma dentro del plazo legal.- La razón es que si la legítima se impone al testador, como cosa de orden público, el recibirla es para el legitimario cuestión de puro intereses suyo.- La ley da la acción durante tiempo suficiente para reclamar el derecho, que son cuatro años desde la apertura de la sucesión si el legitimario es capaz, o ese mismo tiempo desde que salga de la incapacidad sino lo es (Art. 1.267 Inc. 2o.).- Dejar transcurrir los plazos equivale a aceptar la pena, que se presume entonces merecida; así se evita también que el desheredado puede esperar a que desaparezcan las pruebas de su delito para incoar su acción de reforma.-

De los términos del Inc. 2o. del Art. 1.267 se desprende que el plazo de -- cuatro años, a contar de la apertura de la sucesión, no se refiere sino al supuesto de que la causa del desheredamiento no haya sido probada judicialmente; si el desheredamiento es ilegal por no haber desinado el hecho mismo que lo genera, el plazo de cuatro años para la acción de reforma, se cuenta desde que el desheredado tuvo conocimiento del testamento, o de su calidad de legitimario (Art. 1.274).-

El desheredamiento puro y simple comprende la legítima, todas las asignaciones por causa de muerte, y aún las donaciones hechas al desheredado, pero no los alimentos necesarios, excepto en los casos de injuria atroz (Art. 1268).-

Entre nosotros, con el mayor acierto, se ha establecido el derecho de testador al limitar el desheredamiento, permitiéndole que remita parte de la pena que tiene derecho a imponer.- En esto del Art. 1268, es comparado con el 1.265 y ambos afirman un progreso sobre el derecho antiguo.- Pero qué significa cuando dice que de no ser limitado se extiende a todas las asignaciones por causa de muerte?.- No puede referir a las que se hayan hecho en testamento anterior, porque el desheredamiento las revoca -- tacitamente; tampoco a las que haga en el mismo acto que contiene el desheredamiento, porque hacer eso no es concebible.- La expresión carece de sentido, a no ser que sea para recalcar en la revocación tácita del testamento anterior.- No es difícil comprender que la exheredación no se extiende a los alimentos necesarios, salvo por injuria atroz.- Esta injuria hace cesar enteramente la obligación alimentaria.-

REVOCACION DEL DESHEREDAMIENTO

El actual código español acepta el principio de que la reconciliación posterior entre el ofensor y el ofendido priva a éste del derecho de desheredar, o deja sin efecto la exheredación.- Parece lógico y compasado con la naturaleza de la institución. Pero da margen a muchedumbre de pleitos y de oscuridades que ponen incertidumbre en los testamentos.- La regla del Código colombiano es muy clara: el desheredamiento no se sustrae a la norma de que el testamento es esencialmente revocable; siempre puede ser abrogado por otro, ya tácitamente, instituyendo al antes desheredado o ya paladinamente.- Es el mismo criterio empleado en la indignidad respecto de la teoría del perdón tácito, aunque para un caso en cierto modo inverso.- Contra un testamento nada vale sino lo que resulta de otro testamento.- En el perdón tácito no se admite probar que la institución del indigno se

debió a la ignorancia del agravio; én el desheredamiento no se acepta-
que produzca efectos la prueba de la reconciliación entre el ofensor -
desheredado y el causante.- Se presume que si hubiere existido verdade-
ra reconciliación, se habría revocado el desheredamiento, fuera de que
el perdón o la injuria no supone condonación de la pena.-

DE LA ACCION DE REFORMA DEL TESTAMENTO

El Código llama acción de reforma a la querrela de inoficioso testamen-
to, y el nombre es bien adecuado por la diferencia de esta acción con-
la querrela del antiguo derecho.- Su resultado, en derecho romano, era
invalidar integramente el testamento, y en derecho español la institu-
ción de herederos; pero en nuestro estatuto no sucede ninguna de estas-
cosas, porque la reforma deja en pie todo el testamento, que se cumple
integramente, menos en lo que atañe a la exclusión del legitimario.- -
Su finalidad es la reforma de la carta testamentaria.-

La acción es personal porque el legitimario impugna como ilegal aquello
del testamento que le arrebatara todo o en parte de su asignación forzosa,
en perjuicio suyo y en provecho de otro.- Se distingue de la petición -
de herencia, que es real y que se dirige contra quien sin ser heredero-
ocupa la herencia en tal calidad, en que la acción de reforma es siempre
contra los asignatarios testamentarios a quienes dió el testador la par-
te correspondiente a la legítima del demandante.-

Mientras no se decreta la reforma, el testamento es considerado válido-
y firme sus disposiciones.- Por lo tanto, mientras rija el testamento,-
el desheredado no es heredero; no pudo adquirir tal carácter porque el
testador lo privó de la calidad de sucesor suyo.- No tiene posesión le-
gal si de hecho posee la herencia, es un heredero putativo o aparente.-

El parcialmente desheredado es sucesor en la parte que el testador le deja; su legítima queda recortada según el tenor del testamento.-

El desheredado totalmente, mientras lo esté, carece de petición de herencia, por ser esta acción la propia del heredero.- No así el que es desheredado en parte, porque aun con su derecho recortado subsiste su calidad de sucesor del causante.-

Al triunfar en la acción de reforma el desheredado, adquiere retroactivamente su condición de heredero, pues ha destruído el obstáculo que le impedía ser tenido por tal.-

En forma retroactiva, a la muerte del causante, pues la sentencia califica la desheredación de inoficiosa, y por lo mismo, inepta para generar la pérdida del derecho del asignatario forzoso.- El desheredado parcialmente, recobra, también retroactivamente la porción de que fue despojado.- Por ser acción que protege el derecho del legitimario, y éste derecho cecible, también lo es la acción de reforma; y es renunciable expresa o tácitamente, y transmisible a los herederos del desheredado.- Gozan de acción de reforma: Los legitimarios con respecto de sus legítimas y el conyuge sobreviviente en relación con su porción conyugal (Art. 1.274, y 1.278).- La mala redacción del Art. 1274, ha oscurecido la doctrina en que este se informa la acción de reforma, que no obstante, es sencilla.- La acción se da al desheredado que lo fue sin causa legal, o sin las formalidades prescritas. Pero no corresponde mas que a éste, porque el legitimario preferido no necesita reformar el testamento, pues la ley suple su institución (Art. 1276) y le basta solo presentar la prueba de su igualdad para que deba reconocérsele como legitimario, y computársele y pagarsele su asignación forzosa.- Si de hecho ha sido excluído, goza de petición de herencia, porque es heredero, es poseedor legal, es titular del

derecho real de herencia.- El cónyuge goza de acción de reforma contra el testamento donde se le desconoce su porción conyugal (Art. 1278).- Podemos apreciar que hay en esto un error manifiesto del legislador,- que perjudica al cónyuge.- Este no puede ser desheredado como los legitimarios, luego no se presenta el evento de que haya disputa sobre la legalidad de su exclusión.- El derecho del cónyuge a la porción es derivado de la ley y lo pierde cuando por culpa suya ha ocasionado el divorcio (Art. 1231) pero no habiéndolo perdido, el testador no puede dejar de reconocérselo.- Por lo tanto, al cónyuge sobreviviente debía bastarle su calidad de tal para obtener, que, de plano, se le reconociera su asignación sin necesidad de accionar contra el testamento, y tanto en el evento de que el difunto haya querido privarlo de su asignación, como en el de haber testado sin tenerlo en cuenta.- En virtud del imperativo legal, al conyuge sobreviviente se le presentan dos situaciones: una cuando el causante no hace mención ninguna de su conyuge en el testamento, y otra cuando, mencionándolo lo despoja totalmente o parcial de su derecho a porción.- Es preciso distinguir las dos situaciones porque la ley manda aplicarle al cónyuge lo que sobre acción de reforma, dispone para los legitimarios (Art. 1278) y hemos visto -- que el preferido no tiene acción de reforma, pues no la necesita.- El término de la acción de reforma es de las que se prescriben en corto tiempo, pero no corre contra toda clase de personas, según regla general Art. 2545, porque se suspende en favor de los incapaces.- El lapso de cuatro años señalados comienza a correr desde el día en que los legitimarios tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios (Art. 1264).- Atrás estudiamos que cuando la acción se instaura con fundamento en no haberse probado judicialmente la causal determinante del desheredamiento, hay un plazo mas fijo: cuatro años contados -

desde la muerte del causante; pero fuera de esta excepción, el tiempo se cuenta desde que tuvo el demandante conocimiento de su calidad de legitimario, y del testamento que lo deshereda.-

Para el cónyuge su calidad de asignatario forzoso depende exclusivamente de su condición de cónyuge, y pues no se concibe que desconozca esta calidad, el lapso para ejercitar su acción, en el evento en que puede serlo util, se cuenta desde la fecha del conocimiento que tenga del testamento.-

La acción de reforma comprende lo que puede reclamar el desheredado por medio de la acción de reforma.- Es la legítima rigurosa o la efectiva en su caso (Art. 1275 Inc. Io.-).

Respecto de la cuarta de mejoras, la acción tiene especiales caracteres que conviene precisar.- En unos casos proviene de que habiendo sido desheredado ilegalmente el descendiente único, obtuvo por la acción de reforma su legítima efectiva; decimos descendientes ~~unicos~~ unico, pues habiendo varios descendientes a quienes el testador distribuyó la cuarta, el que fue desheredado no obtiene por la acción de reforma sino la legítima rigurosa.- En otros eventos no se trata de que el testador haya despojado a un legitimario de su legítima, sino simplemente de que violó el derecho de los legitimarios descendientes a la cuarta de mejoras, atribuyéndola a personas que no son descendientes, o que siéndolo, no son de aquellos a quienes la ley permita asignar la dicha cuarta, ejemplo, a los descendientes naturales del hijo legítimo o natural.-

EFFECTOS DE LA ACCION DE REFORMA

La ley ha procurado asegurar la efectividad de la sentencia que a favor del desheredado se pronuncie de un modo eficaz, que consiste en sus

pende la partici^{ón} de la herencia mientras se falla la acción de reforma (Art. 1387).- Deteniendo la partici^{ón}, el desheredado tiene campo de llegar a ellas si triunfa, y de obtener que el partid^{or} le forme cartilla de adjudicaci^{ón}; pero auponiendo que la partici^{ón} esté afectuada cuando instaura su acción, debe accionar contra los asignatarios instituidos para que le completen su legítima dirigiéndose contra cada cual a prorrata, -- porque la acción no es indivisible.-

El primer Inc. del Art. 1277 ordena que han contribuir a fomar o integrar lo que en razón de su legítima se deba al demandante, los legitimarios del mismo orden y grado.- Don Andrés Bello explicó así: "La legítima de un hijo legítimo preterido se formará o integrará a costa de las legítimas de los otros hijos.-

Y la legítima de un nieto preterido a costa de la legítima de los otros -- nietos, hijos del mismo padre".- La entrada de un legitimario no afecta para nada la cuantía de la mitad legitimaria: siempre es igual a la mitad de la herencia y se divide entre los legitimarios según la regla de la sucesión intestada.- Los que concurrieron en esa mitad, tendrán que contribuir a prorrata a la integración de la legítima del triunfante, pero si la herencia se mandó toda a extraños, serán ellos quienes deban integrar la legítima efectiva del triunfante; si es un descendiente, o la rigurosa si fuere un ascendiente, y la contribución será también a prorrata de sus asignaciones.- La porción conyugal será integrada por todos los participes, a prorrata, de no haber descendientes; o por éstos, también a prorrata, en su caso.-

REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

Esta puede ser total o parcial, pertenece a la esencia del testamento el ser revocable (Art. 1055 y 1057) .- La revocación es la retractación de-

las disposiciones que había solemnizado una persona para que rigieran sus bienes después de su muerte.- Supone, la existencia de un testamento anterior validamente otorgado.- Debe tenerse en cuenta la diferencia entre revocación y caducidad.- La primera es retractación emanada del propio causante, que genera la aniquilación de lo antes había expresado, mientras que la caducidad es la ineficacia de las cláusulas de última voluntad, producida por hechos ajenos a la voluntad del causante.-

DE LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS

El ejecutor testamentario era desconocido en derecho romano; en Alemania se encuentra a partir del siglo XII; surgió en las donaciones por causa de muerte como derivación del: "Salman" del "Treuhander" (Fiduciario);- Es igualmente conocido en el derecho territorial prusiano, en el Austria co, Francés y Suizo,- En Inglaterra, el ejecutor testamentario juega un papel especialmente importante, puesto que el derecho inglés no conoce la institución de heredero, sino únicamente legados.-

Conforme a su nombre, es ele ejecutor de un testamento, o sea, tiene la misión de ejecutar las ultimas desposiciones del testador.- Pero según la configuración actual de la institución, esta función no es, sin embargo, la unica del ejecutor testamentario, ni tan solo es indondicionalmente esencial, aunque sea la primera y mas propia.- El ejecutor testamentario normal debe, naturalmente, ejecutar lad disposiciones de ultima voluntad del testador, para cuya finalidad tiene el derecho de administrar el caudal relicto y de disponer de los objetos que pertenecen al mismo.- Pero es posible que el ejecutor solamente deba llevar a ejecución disposiciones aisladas de ultima voluntad, o incluso, que no existan las disposiciones de ultima voluntad que debían ejecutarse, en cuyos casos, el ejecutor testamentario solo desempeña la administración del caudal relicto, con la correspondiente limitación del heredero.- El ejecutor testamentario puede imponerse no solo a un heredero testamentario, sino que también puede ser lo a un heredero contractual o a un heredero legal.- También es posible un ejecutor testamentario que esté simplemente nombrado para la ejecución del gravamen impuesto a un legatario, y un ejecutor testamentario que represente a un heredero fidei-comisario en sus derechos y obligaciones.-

Para determinar cual sea la esencia del ejecutor testamentario, hay que partir del supuesto de un ejecutor testamentario normal.-

Para esto deben mantenerse completamente separadas dos cuestiones, a saber: en qué consiste las funciones del ejecutor testamentario (y como pueden conceptualmente abarcarse) y sobre qué base jurídica ejerce estas funciones el ejecutor testamentario.-

Refiriéndonos a la segunda cuestión, la posición del ejecutor testamentario descansa siempre en la voluntad del causante; solamente éste nombra el ejecutor testamentario.- Esto es también válido si otra persona designa al ejecutor testamentario, en fuerza del llamamiento hecho por el causante.- Pero el ejecutor testamentario no es un mandatario del causante; pues no ha concluido ningún contrato, con el mismo; nombramiento por parte del causante y aceptación del cargo por el ejecutor testamentario después de la muerte de aquel, no coinciden con el contrato de mandato;-

El ejecutor testamentario tiene un cargo es decir, un conjunto de derechos y deberes que no le pertenecen en interés propio.- El ejecutor testamentario normal tiene el derecho de administración del caudal relicto y la disposición sobre los objetos del mismo.- Esto ha de calificarse, sin ninguna duda, como si fuera un derecho real en patrimonio ajeno, pero es un derecho de oficio y no en provecho propio.- El caudal relicto sometido a la administración del ejecutor testamentario, es un patrimonio perteneciente al heredero pero que está sometido a un tratamiento jurídico especial.-

Al administrarlo, el ejecutor testamentario no obra en nombre propio, pues no adquiere derecho, ni se obliga; obra en lugar del heredero.- La concepción mas aproximada es la del que representa al heredero, limitándose los efectos representativos al caudal relicto sin perjuicio de la responsabilidad del heredero con su propio patrimonio si el mismo responde ilimitada-

mente de las obligaciones del caudal relicto.- Pero la separación entre el caudal relicto sometido a la administración del ejecutor testamentario y el resto del patrimonio del heredero están marcada, que el heredero puede, por ejemplo, ser testigo e intervenir en el proceso del ejecutor testamentario, litigar el uno contra el otro.- Por ello es una expresión ajustada la de decir que el ejecutor testamentario representa el caudal relicto.-

La figura del albacea o ejecutor testamentario tiene su origen en el derecho germánico, por bien que su difusión en España y demás países romanizados, se debe principalmente a la influencia del derecho canónico.-

Antes del C.C., se designaba a los albaceas con diversos nombres: Manumisores, tutores, cabezaleros, testamentarios y albaceas.- El C.C. emplea ordinariamente la denominación de albaceas, pero usa también la de testamentario.-

El albacea es un ejecutor de un testamento, con mayor o menor amplitud.- Esta función ejecutiva testamentaria en diverso grado, es la más corriente del albaceazgo, pero no es la única, e incluso puede faltar.- El albacea tiene en nuestro ordenamiento jurídico todas las facultades que no siendo contrarias a las leyes expresamente le haya conferido el testador; pero si éste no ha determinado las facultades del cargo, la ley le atribuye estatutariamente algunas, la mayoría de las cuales son facultades aisladas de ejecución testamentaria, que por cierto no facultan propiamente ni para la administración de la herencia ni para la disposición de los bienes que comprende.- El albaceazgo es de imposición voluntaria por parte del testador y éste puede designarlo no solo al heredero contractual, en los casos excepcionales que el C.C. permite instituir contractualmente heredero.- Es posible que un albacea esté simplemente nombrado -

para efectuar la partición de la herencia, en cuyo caso se le denomina comisario o contador-partidor.- Cabe así mismo que un albacea esté limitado a la ejecución de un gravámen impuesto a un legatario o a la representación de fideicomisarios; la ley no lo prevee, pero no lo impide.-

El cargo de ejecutor testamentario se constituye en dos momentos: el nombramiento por parte del causante o disposición suya y la aceptación.- El ejecutor testamentario se nombra por disposición unilateral de última voluntad.-

No puede ser nombrado por contrato sucesorio, es decir el nombramiento de un ejecutor testamentario no puede proferirse en el sentido de una disposición irrevocable.- El nombramiento de ejecutor testamentario existe si, de conformidad con la interpretación del sentido de la disposición de última voluntad, el testador quiere dar a alguien una posición que reúna las características esenciales del ejecutor testamentario.- El sentido literal no se considera decisivo; por ejemplo, el nombramiento puede consistir en que el cónyuge sobreviviente, que es coheredero junto con los hijos, le sea conferida la administración del patrimonio, o bien en la ordenación de que alguien debe continuar siendo tutor de los hijos hasta que lleguen a los veinticinco años de edad.-

El albacea o ejecutor testamentario puede serlo a título singular o universal.- Lo primero cuando recibe el encargo de cumplir determinadas disposiciones testamentarias, como la de pagar un legado, pagar una deuda hereditaria, etc., lo segundo cuando el encargo se refiere a toda la herencia, es decir, a todas las disposiciones testamentarias en su conjunto, como son el pago de todas las deudas hereditarias, realización de las cargas de la sucesión, sobre de créditos, ejecución de todos los legados o herencias, administración y conservación de los bienes hereditarios mientras termina la liquidación.-

El albacea es un mandatario o representante del testador para llevar a efecto disposiciones testamentarias.-

Sin embargo, sobre este particular existen multiples discusiones.- Lo cual se debe a que la institución es relativamente moderna, fue desconocida de los romanos; y solo en el antiguo derecho consuetudinario francés acostumbraron los testadores a nombrar personas de su confianza a quienes se encargaba el cumplimiento de ciertas disposiciones testamentarias.- Pothier el --recopilar las antiguas costumbres francesas dio entrada a la de los ejecutores testamentarios diciendo que "era de bastante uso que los testadores, a fin de procurar una mas segura, exacta y diligente ejecución de sus ultimas voluntades, nombraban en el testamento, personas a quienes la confiaban; y que se les llamó ejecutores testamentarios".-

De estos párrafos arranca la institución de los ejecutores testamentarios y su reglamentación en las legislaciones latinas.- Al tratar de precisar su naturaleza unos autores afirman que se trata de mandatarios del testador; - otros dicen que son mandatarios de la herencia y no del testador.- No falta quienes prediquen que antes de mandatarios son autores o curadores de la herencia a efecto de su rápida y efectiva liquidación.-

Esta ultima teoría de la tutela estuvo en boga en los siglos XVI y XVII fue defendida por el expositor aleman Winscheid; el albacea o executor es una especie de curador ad honum.- Teoría hoy día desechada, pues trata de construirse sobre los moldes del derecho romano en el cual fue desconocida.-

Parecida esta teoria es de quienes afirman que el albacea es un árbitro encargado de poner término a las dificultades entre los sucesores generales y particulares.- La teoría que cuenta con mayor partidario es la de la representación.-

Estas se subdividen en varias.º Según unos el ejecutor es un representante del testador; no solo desde el punto de vista formal, sino del de sus derechos.- Para otro es un representante de sus herederos; y finalmente, se afirma que es un representante de la herencia.- Y no falta quienes digan que no se trata de mandato o representación alguna; que el ejecutor testamentario obra en el nombre propio y no en el ajeno.- La doctrina — que mejor se complace con la naturaleza de los ejecutores testamentarios en nuestra legislación, es la de quienes afirman que son representantes del testador.- Para buscar el origen de esta representación no es preciso recurrir a la figura del mandato cuya aplicación aquí es imposible a no ser por analogía.- Así como el carácter patrimonial y no patrimonial, asignaciones de bienes, propios y ajenos, constitución de derechos reales, creación de relaciones familiares y determinaciones relativas a la persona del disponente, a su cadáver, a las creaciones de su espíritu, a sus relaciones de orden moral y religioso, etc., así también pueden contener un encargo que por ser afín o análogo a la figura contractual del mandato, es un mandato.- La relación se constituye, no contractualmente, sino con sujeción a los principios que presiden la sucesión mortis causa, especialmente la testamentaria.º (Tomado de Ruggiero p. 1.189).-

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional.- En la siguiente forma: "El albacea o ejecutor testamentario es la persona a quien el testador encarga de asegurar la ejecución exacta de su última voluntad, y tiene, con respecto al testador, el carácter de un mandatario póstumo, con respecto a los herederos el carácter de un supervigilante, que en ciertos casos puede sustituirse a ellos para ejecutar directamente la voluntad del testador y al mismo tiempo el carácter de un mandatario, y sin perjuicio de que tales poderes tengan afecto con relación a los herederos.-

Con respecto a los acreedores y legatarios y beneficiarios en general de las disposiciones testamentarias, el albacea es un defensor y en cierto modo un representante" (Casación C. Oct. 30 de 1935).-

El mandato por causa de muerte se diferencia del mandato entre vivos.- --

En este cualquiera de la muerte de los contratantes lo extingue; en el mandato que genera la calidad de executor testamentario precisa la muerte para que nazca a la vida jurídica.- El albacea o executor deriva su apoderamiento directamente del testador; y debe necesariamente contar en dicho acto; motivo por el que debe decirse que dicho apoderamiento es siempre solemne, pues participa de las solemnidades de los testamentos, el mandato ordinario es consensual.- El albaceazgo es irrevocable desde que se ha deferido; el mandato ordinario es revocable en todo tiempo.- Pero a su vez las analogías o semejanzas entre uno y otro, son importantes.- El uno y el otro son actos *intuitu personae*: por dicho motivo son *idelegables* e *intransmisibles* por causa de muerte; vale decir, que el albaceazgo no se transmite a sus herederos.- No obstante el testador puede haber conferido expresamente al albacea la facultad de delegar el encargo; e igualmente podrá constituir mandatarios que obren a sus órdenes pero responsabilizándose de las operaciones de éstos (Art. 1.337).-

Solo las personas que han cumplido veintiún años pueden ser nombradas albaceas.- El menor habilitado de edad no puede serlo.- Los ciegos, mudos, dementes, aunque no se encuentran en interdicción están inhabilitados para ser albaceas, también lo están los privados de administrar sus propios bienes por disipación, y los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores.- Los que no saben leer ni escribir, los de mala conducta notoria, los que no tienen domicilio en la República.- La mujer divorciada por adulterio, como la persona condenada a una pena privativa de la libertad de cuatro o mas años.- El que ha sido privado de ejercer la patria potes-

taá conforme al Art. 310 y los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o han sido condenados a indemnizar el pupilo por fraude o culpa grave.- La viudaá que fuere albacea de su marido difunto, deja de serlo por el hechod de pasar a otras nupcias (Art. 1.331 del C.C.).- La incapacidad sobreviniente pone fin al albaceazgo --- (Art. 1332).- El Art. 1.330 del código que prescribía que la mujer casada no podía ejercer el albaceazgo sin autorización del marido o de la justicia en subsidio, fue derogado por la ley 28 de 1932 (Art. 1o. y 5o.).- La aceptación o renuncia del albaceazgo son actos libres (Art. 1334 C.C.) sin embargo, la renuncia sin probar inconveniente grave acarreará una san ción recia para el albacea: pérdida de la asignación testamentaria, excep ción hecha de lo que tenga que recibir en su condición de asignatario forzoso.- No se exige invariablemente al albacea probar el inco veniente grave que alegue para excusarse de servir del cargo sin hacerse indigno.- Presen tada la excusa al Juez respectivo, éste debe correr traslado de ella a los demás asignatarios; si estos no lo objetan y el Juez la admite, no incurri rá en la sanción de indignidad; si es objetada entonces tendrá que probar el inco veniente grave y en caso de prueba deficiente, se hará indigno.- Mas, aunque haya acreditado el inco veniente grave para servir el cargo, -- cuando los demás asignatarios lo exigen, pierde, no obstante aquella que se le asignó en remuneración de sus servicios.- La aceptación del albaceazgo - puede ser expresa o tácita; es tácita, cuando ejerce actos que solo puede - ejercitar en esa calidad.- El Juez a instancia de cualquiera de los interesa dos en la sucesión, señalará un plazo razonable, dentro del cual comparezca el albacea a ejercer el cargo o a excusarse de servirlo; y podrá el Juez, - en caso necesario ampliar por una sola vez el plazo.- Si el albacea estuvie re en mora de comparecer, caducará su nombramiento, el testador no puede -

indicar funciones especiales al albacea.-

FACULTADES DEL ALBACEA

Importantes facultades y derechos tiene el albacea en relación con los bienes hereditarios o el cumplimiento de los encargos que le ha hecho el testador.- En primer lugar, puede tomar todas las medidas de conservación necesarias para el correcto cumplimiento del cargo; en segundo lugar, debe ejecutar directamente el objeto del albaceazgo; además, en ciertos casos tiene importantes facultades de disposición; finalmente puede representar válidamente la herencia y los asignatarios.-

Entre las facultades mas interesantes, vale la pena citar las siguientes: primero, según el Art. 1341, toca al albacea velar por la seguridad de los muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne; hacer que se guarde bajo llave y sello el dinero que haya, y que se proceda a hacer inventario con citación de los herederos y los demás interesados en la sucesión; salvo que siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne.-

Segundo, los albaceas deben tener derecho a los medios necesarios para cumplir su encargo e impedir que se haga nugatoria la voluntad del testador.- Tercero, toca al albacea dar noticia de la apertura de la sucesión por avisos publicados por la imprenta, por periódicos y carteles que se fijarán en tres de los parajes mas publicos del lugar en que se abra la sucesión, y cuidará de que se cite a los acreedores, por edictos que se publicarán de la misma manera (Art. 1342) del C.C.).- Cuarto, en cuanto a los legados que deben pagar alguno de los herederos, exigirá el oportuno cumplimiento de su obligación.-

El albaceazgo durará el tiempo indicado por el testador.- Si no se hubiere

89

fijado ese término en el testamento, durará un año contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer su cargo.-

Corresponde al albacea realizar el pago de los legados, salvo el caso en que su cumplimiento se hubiere impuesto a los herederos.- Si hubiere legados para objeto de beneficencia pública, dará conocimiento de ellos, con inserción de las respectivas cláusulas testamentarias, al personero, síndico o representante del establecimiento a que hayan de destinarse o destinado tales legados.-

Procederá a pagar las deudas de la sucesión, lo que hará precisamente con intervención de los herederos presentes o del curador de herencia yacente en su caso (Art. 1245 del C.C.).-

Sea que el testador haya recomendado o no al albacea, el pago de las deudas, será este obligado a exigir que en la participación de los bienes, se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas.- A pesar de que el testador haya encomendado al albacea el pago de sus deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarles.-

FACULTADES DE DISPOSICION DE LOS ALBACEAS

El oportuno y eficaz cumplimiento de su cargo, requiere otorgar al albacea ciertas facultades de disposición.-

Lo primero que debe hacer todo albacea es pagar todas las deudas y legados de la sucesión.- Si no hubiere dinero para hacerlo, debiera indicar un lote de bienes para sea vendido y con su producido atender los pagos. A esto queda facultado por el Art. 1350.- Con anuencia de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles, y subsidiariamente de los inmuebles, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados; y podrán los herederos oponerse a la venta entregando al

albacea el dinero que necesite al efecto.-

90

EL ALBACEA COMO REPRESENTANTE DE LA HERENCIA

Los representantes de la herencia son los herederos.- Habiéndolos, a ellos corresponde en forma exclusiva dicha representación.- Mas en el evento de que no los haya, por haber instituido el testador solo legatarios, indudablemente le corresponderá dicha representación, ya que son sucesores a título singular, entonces, debe asignársele al albacea. En este sentido debe interpretarse el Art. 1.352 del Código que prohíbe en forma expresa al albacea comparecer en juicio en nombre de la herencia, salvo cuando se trate de defender la validéz del testamento, o cuando le fuere necesario para llevar a efecto la disposiciones testamentarias que le incumban, en todo caso con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente.-

ACTOR QUE LE ESTAN PROHIBIDOS AL ALBACEA

Obedeciendo la regla expuesta de que el albacea es un representante del testador, sus facultades están limitadas en el mismo sentido que se encuentran limitadas las de los mandatarios en cuanto a los actos en que directa o indirectamente pueden tener interés sobre los bienes de la sucesión.-

Por otra parte, en muchos aspectos, la ley asimila al albacea a un curador cuando hay herederos o legatarios incapaces.- Según la regla del Art. 2170 tendremos que el albacea no podrá ni por si ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el testador le ordenó vender, o las que sea necesario vender para cancelar las cargas o deudas de la sucesión, sin aprobación expresa de los herederos o legatarios.- Los motivos de la

91

prohibición del 2170 se deben a los intereses que quedan presentarse entre el interés del albacea y de los herederos o legatarios.- Mas el albacea puede celebrar todos aquellos actos jurídicos en que tenga en forma libre a condición de que se causa un perjuicio de los herederos; podrá tomar en arriendo los bienes inmuebles pagarse de los créditos que tenga a su favor sobre la herencia, entregarse personalmente los legados que le hubieren hecho.- Si el albacea contraviniere a la prohibición del Art. 2170 se genera una nulidad absoluta; mas bien podríamos decir que el acto no es opinable a los herederos o legatarios.-

RESPONSABILIDAD U OBLIGACIONES DEL ALBACEA

Existen ciertas obligaciones cuya omisión acarrea la responsabilidad del albacea.- Así, impone la ley al albacea la obligación de dar noticia de la apertura de la sucesión en la forma prevista en el Art. 1342; la ordenar la formación de un lote o hijuela suficiente de bienes para el pago de las deudas de la sucesión, aún en el evento de que el testador no le haya encomendado el pago de ellas.- El incumplimiento de estas obligaciones, puede ocasionar perjuicio a los acreedores hereditarios o testamentarios - dichos perjuicios deben ser indemnizados por el albacea (Art. 1344 de C.C)

La misma responsabilidad recaerá sobre los herederos presentes que tengan la administración de sus bienes, o sobre los tutores o curadores.-

En cuanto al no oportuno cumplimiento del encargo, el albacea será responsable de la culpa leve.-

Sanciones graves estan previstas para el caso de que el albacea incurra en culpa grave o dolo.-

Si incurre en culpa grave será removido de su cargo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente; además indemnizará los perjuicios causados conforme a las reglas generales.-

Si incurre en dolo, a petición de las mismas personas acabadas de enunciar, incurrirá en estas sanciones:

Primera, será removido del cargo y condenado a indemnizar los perjuicios causados; segundo, se hará acreedor a la respectiva sanción penal si el dolo alcanza a integrar un ilícito penal; tercera, se hará indigno de tener parte alguna en la sucesión; cuarto, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución (Art. 1357 del C.C.).-

Terminado el albaceazgo, el albacea a semejanza de la obligación de los mandatarios, debe rendir cuenta de su gestión.- El albacea, luego que cese en el ejercicio de su cargo, dará cuenta de su administración justificándola (Art. 1366 del C.C.).-

La justificación de las cuentas indica que debe probarlas judicialmente, lo cual se obtiene, tratándose de puntos de hecho, con la presentación formal de las pruebas que para el efecto señala la ley; y si se trata de cuestiones puramente doctrinales con razonamiento basado en la ciencia del derecho.-

Si se trata de albacea con tenencia de bienes, la obligación de rendir cuentas se sujetará a las reglas establecidas para la rendición de cuentas que deben rendir los curadores de bienes ajenos.-

El albaceazgo durará el tiempo indicado por el testador; en su defecto su duración será la de un año. (Art. 1361).- Si ocurriesen al albacea dificultades graves en el cumplimiento de su cargo y el plazo indicado por el testador o el de un año de la ley fuere insuficiente, podrá el Juez prorrogarlo por el tiempo que fuere necesario.- Se faculta a los herederos para pedir la terminación del albaceazgo, desde que el albacea haya evacuado su cargo, aunque no haya expirado el plazo indicado por el testador o la ley, o el ampliado por el Juez para su desempeño.- No será motivo ni para la prolongación del plazo, ni para que no termine el alba-

ceazgo la existencia de legados o fideicomisos cuyo día o condición estuvieren pendientes; a menos que el testador haya dado expresamente al albacea, la tendencia de las respectivas especies, o de la parte de bienes destinada a cumplirlas; en cuyo caso se limitará el albaceazgo a esta sola tenencia.- Lo dicho se extiende a las deudas cuyo pago se hubiere encomendado al albacea, y cuyo día, condición o liquidación estuvieren pendientes; y se entenderá sin perjuicio de los derechos conferidos a los herederos (Art. 1365 del C.C.).-

EL ALBACEA Y SU REMUNERACION

La remuneración de los albaceas será la que haya señalado el testador.- Si este no lo hubiere indicado, tocará al Juez regularla, tomando en consideración el caudal, y lo mas o menos laborioso del cargo.-

Los gastos necesarios hechos por el albacea en el desempeño de su cargo, se le abonarán separadamente.- El albacea dice el Art. 1367, examinadas las cuentas de los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas, pagará o cobrará el saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo prevenido para los tutores o curadores en iguales casos.-

La Corte ha precisado el concepto de expensas y honorarios de los albaceas así: "Una cosa son los honorarios a que tiene derecho el albacea, y otra cosa enteramente distinta, las expensas que tiene así mismo derecho a que les sean abonadas.- Los honorarios son la remuneración, la recompensa de su trabajo, las expensas que tiene derecho a cobrar son las cantidades que haya tenido que desembolsar en ejercicio de su cargo.-

El derecho a los honorarios se lo reconoce expresamente el Art. 1359 del C.C.; el derecho a las expensas se deduce claramente del Art. 1367.-

Los honorarios dependen del arbitrio del testador o de la regulación del Juez; los gastos se determinan de acuerdo con las pruebas que presente el

albacea para justificar su cuenta.-

94

CAPITULO DE CONCLUSIONES

Por los conceptos que anteriormente hemos expresado en los diferentes capitulos de este estudio, podemos, en sintesis hacer las siguientes afirmaciones:

- 1o.- El Derecho de herencia ha evolucionado y ha sido aplicado en nuestra legislación con un gran criterio jurídico.-
- 2o.- Afirimo que la sucesión testamentaria debido a los requisitos de fondo para su validez, es uno de los medios mas vigilados por nuestras leyes para su cumplimiento, de ahí, que nuestro país sea muy difícil la falsificación del testamento.-
- 3o.- En cambio la sucesión intestada es mas difícil hacer cumplir estrictamente la voluntad del de cujus, sea por que así lo ha querido o para evitar problemas con los herederos.-
- 4o.- En la sucesión testamentaria hay un ejecutor testamentario que tiene una misión que cumplir, ya que el de cujus dejó escrito, diciendo como debía cumplirse su última voluntad, todo esto amparado por las leyes, en cambio en la sucesión intestada la voluntad del cujus ha quedado al arbitrio del juez.-
- 5o.- Por eso sostengo que la sucesión testamentaria debe tener mas aplicación en nuestro país y que no sea exclusivamente para los capitalistas como así se ha creído.-

Cartagena, febrero de 1.954.-

BIBLIOGRAFIA

INDICE DE AUTORES CONSULTADOS

- Aminátegui, Reyes; Miguel Luis.....Introducción a las obras
de don Andrés Bello.
- Somarriba U. Francisco.....De la sucesión por causa de
muerte y de las donaciones-
entre vivos.-
- Arturo Valencia Zea.....Curso de Derecho Civil Colon
biano.-
- Ramos Rafael.....Sucesiones.
- López Gregorio.....Glosas a las Siete Partidas.
- Marcelo Planiol y Jorge Ripert.....Trtado Elemental de Derecho
Civil.-
- Barro Errázuriz.....Derecho Civil.
- Restrepo. Hernández Julián.....Derecho Internacional Privado
- Doctor Ortega Torres.....Código Civil Colombiano
- Gaceta Judicial.....Corte Suprema de Justicia
- Louis Josserán.....Curso de Derecho Civil Francés
- Theodor Kaipp.....Derecho de Sucesiones.-

Cartagena, febrero de 1.954.-