

346.000.
E 4398
1972
= 7.00.00
6/21

3292

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

“LOS TESTAMENTOS SOLEMNES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA”

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

JOSE GUILLERMO FIALLOS VALDES

PREVIO AL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO



San Salvador, El Salvador, Centro América, Noviembre de 1974.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Dr. Carlos Aljaro Castillo

SECRETARIO GENERAL

Dr. Manuel Atilio Hasbún

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Luis Domínguez Parada

SECRETARIO

Dr. Pedro Francisco Vanegas Cabañas

**JURADOS QUE PRACTICARON LOS
EXAMENES GENERALES PRIVADOS,
ASESOR DE TESIS Y
TRIBUNAL CALIFICADOR**

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras
PRIMER VOCAL Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva
SEGUNDO VOCAL Dr. Luis Domínguez Parada

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE Dr. Carlos Ferrufino
PRIMER VOCAL Dr. José Guillermo Orellana Osorio
SEGUNDO VOCAL Dr. Roberto López Munguía

**CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION
Y LEGISLACION LABORAL**

PRESIDENTE Dr. Pablo Mauricio Alvergue
PRIMER VOCAL Dr. Luis Alfonso Salazar
SEGUNDO VOCAL Dr. José Salvador Soto

ASESOR DE TESIS

Dr. Roberto Romero Carrillo

TRIBUNAL CALIFICADOR

PRESIDENTE Dr. Francisco Arrieta Gallegos
PRIMER VOCAL Dr. Ronoldy Valencia Uribe
SEGUNDO VOCAL Dr. Hugo López Mejía.

DEDICATORIA

*DEDICO ESTA TESIS A MI ADORADO PADRE DOCTOR
JOSE MARIA FIALLOS, QUIEN SIEMPRE ME HA CONSA-
GRADO SU CARIÑO.*

*TAMBIEN, CON PROFUNDO E INEFABLE AMOR
A MI MADRE DOÑA ADELITA DE FIALLOS.*

PARTE PRIMERA

CONSIDERACIONES GENERALES

Sumario:

CAPITULO PRIMERO: *LA SUCESION TESTAMENTARIA.*

CAPITULO SEGUNDO: *DEL TESTAMENTO EN GENERAL.*

CAPITULO TERCERO: *REQUISITOS DE VALIDEZ DEL
TESTAMENTO.*

CAPITULO CUARTO : *CLASIFICACION DE LOS
TESTAMENTO.*

CAPITULO PRIMERO

LA SUCESION TESTAMENTARIA

I.- GENERALIDADES SOBRE LA SUCESION TESTAMENTARIA

La sucesión por causa de muerte se clasifica, atendiendo al origen y causa determinantes de la relación jurídico-sucesoria, en Voluntaria y Legal. La voluntaria es la deferida por la voluntad de las personas y su pune además del hecho de la muerte, la declaración de una voluntad por la que el causante determina el sucesor; y la legal, llamada también legítima, intestada o ab-intestato, es la deferida por la ley cuando el titular de un patrimonio no ha hecho disposición de sus bienes para después de su muerte. La primera puede ser testamentaria o contractual, según si la manifestación de voluntad del causante es hecha en testamento o si se hace en un pacto, contrato o convenio.

Nuestra legislación no contempla la sucesión contractual, por lo que la sucesión voluntaria se reduce únicamente a la testamentaria.

Históricamente la sucesión legítima ha precedido a la testamentaria, porque en las organizaciones sociales primitivas la propiedad era familiar y co del jefe de familia, puesto que la muerte de éste no debía trastornar el sustento económico del grupo familiar. En dichas sociedades el jefe de familia ejercía los derechos de la comunidad familiar, y a su muerte era reemplazado por uno de los miembros del grupo familiar, el cual se convertía en jefe. Los mayorazgos y la masculinidad eran los hechos determinantes para la sucesión de la propiedad familiar, por ello muchos pueblos primitivos, como los egipcios, indúes, babilonios, etc., no conocieron el testamento en sus organizaciones jurídicas.

Es hasta en el Derecho romano que aparece verdaderamente la sucesión testamentaria, porque no podemos considerar como verdaderos testamentos las formas rudimentarias que conocieron los hebreos y griegos. Los romanos fueron los primeros en establecer un verdadero régimen jurídico sucesorio y en ellos se han inspirado todas las legislaciones posteriores.

En el Derecho romano se cuestiona la primacía de ambos tipos de sucesión, y al respecto los autores se han dividido en tres corrientes: los que consideran que la sucesión legítima precede a la testamentaria, porque para ellos el derecho de testar fue reconocido recién en la Ley de las XII Tablas; los que consideran que la sucesión testamentaria precede a la legítima; y, los que consideran que ambos tipos de sucesión aparecieron simultáneamente y no hay precedencia entre ellas.

Según Scialoja, citado por Bonfante, los romanos conocieron primero la sucesión ab-intestato. Funda su opinión en que el derecho comperado demuestra son muchos los pueblos que conocieron primero la sucesión legítima, y especialmente, en que así ocurrió en el derecho griego, tan emparentado con el romano (1)

Jorquera opina que la sucesión ab-intestato es anterior a la testamentaria, porque en Roma el patrimonio era familiar y los bienes del difunto quedaban dentro de la familia; para él el testamento era desconocido y cuando se aceptaba, constituían una adopción, realizada para que el causante tuviera herederos que continuaran la sacra privata (2).-

(1) Pedro Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, Pág. 554.-

(2) Francisco Jorquera F.; Derecho Romano, Tomo II, Pág. 53.-

Para Bonfante, los romanos conocieron y aplicaron primeramente la sucesión testamentaria (3). Para llegar a esta solución, se funda en la analogía con los principios imperantes en materia de derecho público, según los cuales los Magistrados superiores de la República eran designados por el Magistrado cesante.-

Frente a las anteriores opiniones, Eugene Petit considera que entre ambos tipos de sucesión no existe ninguna prioridad en el orden cronológico, pues para él, la sucesión testamentaria y la ab-intestato existen desde el origen de Roma, y la ley de las XII Tablas solo hizo sancionar costumbres en vigor desde hacía ya tiempo. El jefe de la familia, en virtud de su omnipotencia, era dueño de elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, el continuador de su culto y de su persona civil. Durante los primeros siglos de la historia romana, se hizo poco uso del derecho de testar, en razón de que en esas épocas existía una especie de co propiedad familiar entre el pater familia y sus hijos, y eran éstos los designados para recoger los bienes. Al hacerse de más fácil acceso las formas testamentarias y como consecuencia de la atenuación de los lazos familiares, se generalizó el uso del testamento y el pater familia prefirió designar a su sucesor por dicho medio.

Fue, pues, el testamento romano, un acto jurídico que tenía como fin primordial la institución de heredero y en sus orígenes el único contenido del acto, siendo hasta en la Ley de la XII Tablas donde aparece la facultad de hacer disposiciones patrimoniales.

Ha habido una amplia discusión doctrinal sobre si la sucesión testamentaria debe o no ser considerada preferente respecto de la legítima o abintestato. Los argumentos esgrimidos por los que sustentan una u otra opinión, tanto en el aspecto histórico como en el doctrinal y práctico, son sumamente abundantes.

Desde el punto de vista histórico, se considera preferente a la sucesión testamentaria sobre la intestada. Al preguntarnos por qué, tenemos que remontarnos a las instituciones jurídicas romanas para investigar el motivo que tuvieron para considerar preferente a la sucesión testamentaria. Como anteriormente vimos, en Roma el testamento era un acto que tenía por finalidad esencial la institución del heredero, por el hecho de que la falta de éste traía como consecuencia la extinción de la sacra privada y la mancha de indignidad, para la memoria del causante; entonces para los romanos siempre fue una preocupación constante el tener un sucesor, y el testamento fue el medio más sencillo de procurárselo.

De ahí la gran importancia que los romanos le dieron a la sucesión testamentaria, puesto que el que testaba y se daba un sucesor estaba más seguro de tenerlo que el que moría sin tenerlo, demostrando así ser más previsor y el deseo de conservar intacto su honor.

La preeminencia que daban los romanos a la sucesión testamentaria fue sancionada por la Ley de las XII Tablas, al decir "los herederos ab-intestato solo pueden tener la sucesión no habiendo heredero testamentario".- Dicha regla tuvo como consecuencia que no podía haber para una misma sucesión un heredero testamentario y un ab intestato, principio que no ha prevaletido en el derecho moderno, pues actualmente puede haber sucesión parte testada y parte intestada.

Gran parte de las legislaciones modernas, la nuestra entre ellas, han conservado la preferencia de la sucesión testamentaria sobre la intestada, convirtiéndose tal corriente en la denominada doctrina tradicional; pero en el derecho germánico, llamado de la sucesión legal, la sucesión testamentaria ocupa un segundo lugar en el orden a los distintos tipos sucesorios, pues aquélla tiene la calidad de ordinaria y la testamentaria es subsidiaria.

La doctrina tradicional no solamente tiene un fundamento histórico, por el contrario, sus bases principales se asientan en la naturaleza del derecho de propiedad y en los principios individualistas. Cuando desaparece la propiedad familiar, el derecho de sucesión se convierte en un complemento necesario de la propiedad individual, ya que una propiedad temporaria no incitaría a conservar y aumentar el patrimonio, siendo en consecuencia, necesaria la transmisibilidad de los bienes tanto desde el punto moral como económico.

En un régimen donde no existe propiedad privada el derecho sucesorio no tiene razón de ser, porque no hay nada que transmitir; no existe sucesión a ningún título. Pero admitida la propiedad individual, la preferencia que pueda existir entre los tipos sucesorios tiene íntima relación -- con lo absoluto o no del mencionado derecho de propiedad.

El sistema germánico, llamado de la sucesión legal, da preferencia a la sucesión legal sobre la testamentaria, porque cuando los antiguos germanos irrumpen en el mundo romano, su legislación se encuentra en una etapa mucho más atrasada. No conocían el testamento, y por la influencia romana lo aceptaron en sus instituciones jurídicas; existía entre ellos un sistema de copropiedad del grupo familiar sobre los bienes, y por ello, -- no obstante que tomaron ciertas formas testamentarias de los romanos, persistieron en considerar la sucesión legítima como preferente y el testamento no llegó a excluir a los parientes, perdurando tal tendencia hasta en la actual legislación alemana.

Muchas legislaciones modernas, influenciadas por el derecho alemán, las limitaciones existentes en la actualidad con respecto al derecho de -- propiedad, y la protección que el Estado da a la familia, están abandonando la doctrina tradicional dándole una mayor importancia a la sucesión legítima, e incluso han abandonado dicha corriente, tal es el caso de Méjico y Argentina, donde la sucesión legítima es considerada como preferente.-

La legislación argentina contempla dos formas de sucesión legítima: la forzosa y la Ab intestado. La primera es aquella que la Ley defiere -- forzosamente, cualquiera que sea la voluntad del testador; la segunda se dá cuando el causante no otorgó testamento. Ello trae como consecuencia -- que la sucesión legítima constituye la regla y la testamentaria una excepción.

Al tratar el punto que nos ocupa Fassi dice "Como resultado de la -- fusión de los sistemas sucesorios romano y germánico, se estructura el derecho actual, en que se combina la sucesión legítima de los parientes con la sucesión testamentaria. Pero aquélla es el derecho común, la regla, y la testamentaria una excepción. Es un principio consagrado en el Código -- Argentino, no solo por la medida en que admite la legítima y restringe la porción disponible, sino además por el método adoptado, que luego de los principios comunes a ambas sucesiones, antepone la sucesión legítima a la testamentaria, y por la regulación limitativa de las facultades del cau-- sante." (4).-

[En nuestro derecho positivo la sucesión legítima es supletoria de la testamentaria; pero en la práctica dicha sucesión tiene más aplicación -- que la testamentaria porque es infinitamente mayor el número de personas que fallecen sin haber otorgado testamento.] No obstante tal situación, la preeminencia de la sucesión testamentaria sobre la intestada en nuestro -- derecho positivo es tan grande, que considero que pocos son los países -- que puedan superarla.- El Código Civil promulgado en el año 1860 se inspiró en el Código Civil chileno.- Si comparamos el Código de 1860 con el Código Chileno encontraremos muy pocas diferencias en materia sucesoria. Al igual que en la legislación chilena, nuestra legislación civil contemplaba las asignaciones forzosas, entre las que se encontraban las asignaciones alimenticias, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos.-

El Código Civil nació en una época en que estaban en boga los principios del liberalismo, principios que regían la estructura política y económica de nuestro país. Sin embargo, la facultad de testar no era absoluta debido a la existencia de las asignaciones forzosas, por lo que si -- bien existía testamentifacción, ésta comprendía únicamente a la porción -- de libre disposición.-

(4) Santiago C. Fassi; Tratado de los Testamentos, Tomo I Pág. 9 y 10.-

En el año de 1886 se promulga una Constitución en la que se consagran los postulados del liberalismo económico. Dicha Constitución ejerció gran influencia en la vida política y principalmente en la comisión reformadora, suprimiéndose en el año de 1902 el título V relativo a las asignaciones -- forzosas.- Con la supresión de la porción conyugal, las legítimas y la -- cuarta de mejoras, la testamentifacción se vuelve absoluta, puesto que ya no existen bienes reservados a herederos forzosos, y el testador puede dis-- poner en su testamento de todo su patrimonio.-

En conclusión, por la amplísima libertad de disponer del patrimonio -- por medio del testamento que existe en nuestra legislación, y porque para que tenga lugar la sucesión ab intestato es requisito indispensable que no tenga lugar la sucesión testamentaria, el derecho sucesorio salvadoreño -- considera preeminente a esta última.-

II.- TEORIAS FUNDAMENTALES PARA EXPLICAR LA SUCESION TESTAMENTARIA

Uno de los problemas más discutidos dentro del derecho sucesorio es -- el relativo a la fundamentación del derecho de testar, es decir, el relati-- vo al derecho de disposición gratuita de los bienes para después de la -- muerte. Este es un tema de filosofía jurídica, sin embargo trataré de ha-- cer una síntesis de las principales teorías elaboradas por los autores, -- con las que pretenden explicar el porqué de la potestad testamentaria de -- las personas.

En otra parte de este trabajo dije que en un régimen donde no existe la propiedad privada el derecho sucesorio no tiene razón de ser, puesto -- que no hay qué transmitir, y es por ello que los principales embates con-- tra la potestad de testar provienen de aquellas doctrinas que niegan exis-- tencia al derecho de propiedad. Así vemos que las doctrinas que más han -- combatido la potestad de testar son las socialistas, ya que dichas doctri-- nas persiguen la abolición de la propiedad individual.

Los socialistas han fijado su posición en contra de la facultad de -- testar apoyándose en dos órdenes de consideraciones: la primera, que la -- potestad de testar es contraria a la justicia intrínseca, y la segunda, -- que con ella padece necesariamente el interés social. Dicen que es contra-- ria a la justicia intrínseca, porque la misma crea entre los hombres una -- desigualdad, y si ésta puede únicamente permitirse cuando provienen de las -- diversas actitudes naturales de las personas, no es dable aceptarla cuando -- procede de hechos totalmente ajenos a la voluntad y a la misma capacidad -- del favorecido. También dicen los socialistas que la facultad de testar es -- contraria al interés de la sociedad, porque dicho interés exige y requiere -- que las fuerzas económicas caigan solo en manos de los más aptos y nunca -- sobre los que no lo son.

La tesis socialistas que se expone anteriormente, de la que partici-- pan los socialistas a ultranza como los anarquistas, se atenúa con el soc-- cialismo científico, pues para esta corriente del socialismo no debe supri-- mirse toda la herencia, ya que como admite cierta forma de propiedad indi-- vidual, ciertas partes de la herencia deben ser mantenidas a tenor de la -- voluntad del causante; como serían, por ejemplo, aquellas cosas sobre las -- que el causante ha proyectado específicamente su actividad o han constitui-- do un punto firme de afección para su persona. Pero los medios de produc-- ción pertenecen al Estado y por consiguiente no pueden ser objeto de trans-- misión sucesoria.

✓ La escuela individualista representada principalmente por Kant, Fichte, Krug y Hans no admite especie alguna de sucesión por que la muerte extingue todos los derechos y la herencia queda convertida en res nullius, -- la cual es ocupada por los parientes más cercanos. Para los autores de esta escuela no puede hablarse de una continuación en el tiempo y en el espa-- cio de un ser que ha terminado ya su vida en el tiempo y en el espacio. Se rechazan las proposiciones de esta escuela, pues de admitirse los domésti-

cos antes que los parientes, en muchos casos, adquirirían la herencia a título de primi occupanti.

También se critica la potestad testamentaria con razones de orden moral, porque dicen, que la facultad de testar aumenta la negligencia de las personas ya que saben que cuentan con un patrimonio que heredar; sin embargo esta posición no solo ataca la sucesión testamentaria sino que también la intestada por lo que tales objeciones carecen de importancia.

✓ Concluyendo con el examen de las teorías que niegan la sucesión testamentaria, diré que hay autores como Mirabeau, Robespierre, Mabley etc. que si bien es cierto que hacen duras críticas a la potestad testamentaria de las personas, concluyen admitiendo que dicha potestad es una creación del derecho civil.

Las críticas hechas a la sucesión testamentaria por los que se oponen a ella, no ha evitado su aceptación casi universal en el derecho actual, y solo brotes extremos como las legislaciones soviética y de los países incluidos en la órbita socialista, presentan firmes reparos a dicha sucesión tan difundida y apreciada. A continuación haré una enumeración de las principales doctrinas con las cuales se ha pretendido fundamentar la sucesión testamentaria y principalmente el derecho de testar.

✓ Leibniz fundamenta la sucesión testamentaria como una expresión de la inmortalidad del alma y del principio de la libertad individual. Para dicho autor, "los testamentos no tendrían en derecho ninguna fuerza si no fuese porque el alma es inmortal. Mas como los muertos siguen viviendo en verdad, es indudable que continúan siendo dueños de las cosas, de suerte que aquellos que constituyeron en herederos suyos se han de considerar como simples procuradores de su patrimonio." La concepción de Leibniz no es admisible porque el derecho de testar existe naturalmente y sería arbitraria la ley que lo desconociera, como lo sería la ley que negara el derecho de propiedad.

✓ Para Cicerón, Séneca y Quintiliano la sucesión testamentaria se fundamenta en el principio de amistad y de benevolencia, pues dichos pensadores pusieron de relieve el íntimo vínculo entre el derecho de testar y la previsión del porvenir impulsando al hombre a testar bajo el influjo del principio de la amistad y de la benevolencia. La posición de estos autores no explica el fundamento del derecho de testar, ya que se limitan a indicar cuáles son los motivos determinantes que deben de asistir al testador.

✓ Para la mayoría de los autores del derecho natural, la potestad de disposición gratuita de los bienes por causa de muerte es un complemento del derecho de propiedad, ya que si el propietario puede disponer de sus bienes durante su vida, lógico es no negarle tal facultad de disposición para después de su muerte, por acto testamentario, pues en este último caso los bienes no salen del dominio del propietario.

Para Grocio, el testamento es una forma de enajenación que la persona hace de sus bienes para después de su muerte, pero el propietario se reserva la posesión, el goce, el poder de revocar dicha enajenación y el derecho de disponer de otra manera de sus bienes antes de su muerte. Al respecto dijo "Aunque el derecho civil pueda arreglar la manera de testar y las formalidades de los testamentos, lo mismo que todos los otros actos, el fondo mismo del testamento tiene mucho del derecho de propiedad y la propiedad una vez establecida es de derecho natural. En efecto se puede enajenar muy bien, o de una manera pura y simple, o bajo condición; y no solamente de una manera irrevocable, sino que también de una manera revocable, de suerte aún que se puede retener la posesión y el pleno goce de lo que se enajena."

✓ Ibarrola, Valverde y Valverde y otros incluyen a Puffendorf entre aquellos que consideran que la sucesión testamentaria es una consecuencia lógica del derecho de propiedad; sin embargo, Puffendorf trató de justificar la extensión reconocida al derecho de propiedad por la legislación positiva. Por ello considero que dicho autor fundamenta la sucesión testa--

mentaria como una concesión de ley positiva, puesto que dice que el testamento es una institución de derecho positivo que descansa en la ficción legal de la unidad y de la simultaneidad del acto del otorgamiento, de la muerte del testador y de la aceptación del heredero.

Volviendo a la tesis que sienta Grocio considero que no es errónea - sino más bien deficiente, porque en toda sucesión hay además del factor - individuo, otros dos no menos importantes, que son el Estado y la familia, y además porque el testamento no es solo un instrumento de disposición de bienes, ya que en él se contienen declaraciones, reconocimientos y manifestaciones de un significado moral superior e independiente del elemento puramente económico.

En cuenta a la opinión de Puffendorf se ha considerado que es errónea, puesto que no existe ficción alguna, porque el testamento no es un - contrato sino una declaración unilateral de voluntad que puede subsistir y producir efectos con entera independencia de la existencia del causante.-

La sucesión testamentaria es considerada por la mayoría de tratadistas como una creación del derecho positivo, puesto que se sostiene que la potestad de testar ha sido desconocida algunas veces a través de la historia, que el Estado puede perfectamente abolir tal facultad sin que sufra alteración profunda su estructura jurídica y social, y que pueden establecerse profundas restricciones a la potestad testamentaria.-

Don Luis Claro Solar (5) dice que "el testamento es en sí una manera de ejercitar el derecho de propiedad para que las disposiciones que lo -- forman se cumplan después de la muerte del testador, así como la donación es también una forma de disposición gratuita, manifestación igualmente -- del derecho de propiedad que se realiza durante la vida del donante.

"Que sea el propietario, o a falta de disposición expresa suya, la - ley, quien nombra al heredero y dispone de los bienes, la sucesión hereditaria no es un capricho del legislador, sino al contrario una necesidad natural indispensable para el mantenimiento de la vida social del hombre; y el mantenimiento de la fe contractual sin la cual no podría existir el derecho de las obligaciones".

Los grandes cambios de la historia universal suelen iniciarse por -- conmociones revolucionarias. La revolución francesa es acaso el más apasionado intento que lleva a cabo la historia humana para crear un breve - tiempo y por medio de leyes, un nuevo orden de la existencia humana. La - creencia en el ideal supera al parecer todos los obstáculos y lo que finalmente se consigue, a la postre, tanto, que en realidad el sistema político y social del siglo XVIII sucumbe y un nuevo mundo de ideas se apodera de los espíritus e informa el Estado y la sociedad del siglo XIX. En lugar de un mundo organizado y regido por la aristocracia aparece una democracia, que en sus pensamientos fundamentales había surgido ya en la Inglaterra del siglo XVII, y que en los Estados Unidos de América en 1776 - llegó a tener sus derechos del hombre y su constitución escrita, pero que obtuvo en suelo francés su expresión más consecuente y eficaz y al mismo tiempo más radical.

Con la revolución francesa los términos libertad, igualdad, fraternidad, soberanía del pueblo y nacionalidad dejan de ser simples exigencias teóricas, para convertirse en verdaderas realidades.

Los principios de la revolución francesa tuvieron gran influencia en las leyes que regulan la sucesión mortis causa; partiendo de las bases - que regulan la alineación de todos los bienes y de la igualdad de las -- personas, abolió los privilegios y las vinculaciones, y por decreto de 15 de Marzo de 1791, se dispuso que las sucesiones feudales se regularan por el derecho común, derogando toda prerrogativa de ancianidad, y por otro - decreto de abril del mismo año, se ordenó que desaparecieran las desigualdades que hasta entonces existían en el derecho sucesoral.

(5) Luis Claro Solar; Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, - Tomo XIII, Págs. 417-418.-

Los primeros pensadores de la revolución, Mirabeau, Mably, Tronchet, Robespierre, etc. hicieron fuertes críticas a la sucesión testamentaria, pero concluyeron aceptándola no como una institución de derecho natural, como se le consideraba hasta entonces sino como creación de la ley civil.

Mirabeau, famoso por sus aventuras y sus sufrimientos, por sus amores y sus escándalos, por sus luchas y los escritos de juventud, gran orador y penetrante político, elegido diputado por la ciudad de Aiz, después de haber sido rechazado por los nobles de su provincia, es el primer pensador de la revolución francesa que arremete contra la facultad de libre disposición por causa de muerte.

La vida disipada y su afición por el juego del conde de la Borrasca, como lo llamaba su padre, obligó a este último a conseguir una orden de prisión en la isla de Ré. Salido de la prisión se casó con la hija del conde de Marignano, pero este matrimonio no era barrera bastante fuerte para detener el torbellino de la juventud de Mirabeau, que disipada, como ante, con nuevas deudas, alarmó de tal modo a su suegro, que logró encerrar a su desaprensivo yerno en el castillo de If y posteriormente consiguió su traslado a otra prisión real, el castillo de Vincennes.

La conducta de Mirabeau durante su juventud trajo como consecuencia que se vió privado de la fortuna paterna que por herencia le correspondía, y además, su suegro consiguió privar también al Tribuno de toda fortuna que le correspondía a la muerte de su esposa, desheredándola, circunstancia que convirtieron a Mirabeau en un hombre cargado de deudas.

Por eso, Mirabeau impugnaba los testamentos como hijos del capricho de los testadores y decía: "Cuántos hay significados por los muertos vivos, en que la locura parece luchar por la pasión y en los cuales el testador ordena la disposición de su fortuna de una manera que no hubiera osado confiarla en vida a ninguna persona; disposición, en una palabra, que para permitírsela ha sido monestar que el testador se desprende de su memoria o que haya pensado que el sepulcro sería su abrigo contra el ridículo y las censuras."

Para Mirabeau "El Estado es dueño de todas las propiedades: el derecho de testar no es un derecho natural, sino una creación de la ley y si los parientes tienen derechos sucesorios, es tan solo en cuanto el Estado cede y abandona esos derechos".

Robespierre sostuvo las mismas ideas de Mirabeau, llegando a la conclusión de que la igualdad de las sucesiones no podía ser alterada por las disposiciones del hombre, pero concluyó admitiendo que la facultad de testar debía ser mantenida.

Tronchet sostuvo también las ideas de Mirabeau, pero influenciado por la obra de Rousseau sostenía que el hombre en estado de naturaleza no tiene un derecho de propiedad; es una convención social la que le otorga este derecho; y es una segunda convención social la que concede al hombre el derecho de transmitirla y que permite derogar, en ciertos casos, la transmisión legal de sus bienes. Así decía "la ley inmutable de la naturaleza, que ha creado al hombre mortal, limita invenciblemente su derecho de propiedad, si no a un simple uso, a menos en los límites de su existencia. El derecho de transmitir después de él no es, pues, más que una excepción a la ley natural primitiva, y una concesión necesaria que la ley civil ha hecho al hombre, menos por su ventaja personal que por el interés común de la sociedad."

Las opiniones de los pensadores de la Revolución que he expuesto, tuvieron gran influencia en los Redactores del Código de Napoleón en el cual quedaron plasmadas, y a partir de dicho instituto jurídico es la doctrina a que más tratadistas se han adherido para explicar el fundamento de la sucesión testamentaria. Sin embargo, la doctrina que considera la

✓ facultad de testar como concesión de la ley, tiene como base los puntos - de vista siguientes:

1o.- Lo contradictorio que resulta el que produzca efecto la voluntad cuando ya no existe, siendo así, que una cosa es la disposición y otra la ejecución.

2o.- En que el hecho de su generalidad, su constante uso en los pueblos y en las distintas épocas de la historia, no es razón bastante, olvidando que un hecho repetido con esa constancia y generalidad, tiene que ser superior por necesidad al arbitrio y potestad del legislador.

3o.- En que la perpetuidad del derecho de propiedad está asegurada - por las leyes que regulan la sucesión intestada.

Los grandes comentadores del Código de Napoleón que forman la Escuela de la Exégesis del Derecho Civil, se adhieron unánimemente a la doctrina que considera el testamento como una creación del derecho civil. Dominaron el panorama del derecho civil hasta el año de 1880 en que se inicia la decadencia de dicha Escuela, y, a partir de entonces, con la aparición de la Escuela Científica se elaboran nuevas corrientes del pensamiento jurídico dentro del derecho privado cuya originalidad e importancia no pueden desapercibidas.

✓ Ahrens ve la facultad de testar como una emanación del derecho de -- personalidad, y por lo tanto es superior a la ley misma.

La opinión de Ahrens ha influido en muchos pensadores como Valverde y Valverde, Castán, Ibarrola, etc., y así vemos que Valverde y Valverde - dice que está de acuerdo con Ahrens sobre la fundamentación de la facultad de testar y agrega (6), "que la facultad de testar es racional puesto que responde a la naturaleza del hombre, y es necesaria para el desenvolvimiento de la personalidad humana. "Para esta doctrina, pues, la sucesión testamentaria responde a una exigencia racional del hombre que, al - considerar el futuro con un instinto natural de previsión, se preocupa de poner los medios necesarios para poder cumplir las obligaciones naturales y legales pendientes a la hora de la muerte.

D'Amelio estima que la función que desempeña el Estado en la sucesión testamentaria, es aquella de garantizar la actuación de la voluntad del testador; no es el Estado el distribuidor de los bienes después de la muerte del testador, ya que dichos bienes pasan a los herederos y legatarios en virtud de la voluntad del causante, la cual es manifestada en vida y mantenida firme hasta la muerte, se hace eficaz dicha voluntad al momento de producirse el fallecimiento; por tanto en el testamento, la voluntad está encaminada a crear la relación jurídica sucesoria, la cual, - para su cumplimiento, está sujeta a una condición suspensiva consistente en la muerte del testador.

✓ Brunetti dice que el derecho de testar no consiste en el derecho de transmitir el patrimonio después de la muerte a los sucesores, sino que es el derecho de realizar un acto --el testamento-- que constituye aquella condición conforme a la cual, cuando ocurre la muerte hace surgir en el - Estado el deber de distribuir, conforme al testamento, los bienes que constituyen el patrimonio del testador. En consecuencia, no es la voluntad -- del testador la que actúa, la que hace surgir la relación jurídico-sucesoria, sino que es la voluntad del Estado la que hace surgir la relación jurídico-sucesoria y es quien distribuye los bienes según las indicaciones contenidas en el testamento.

Cimbali ve la sucesión testamentaria como un principio armonizador - de la libertad individual, de los vínculos familiares y del interés del Estado, como elementos que intervienen en dicha sucesión. Dicho autor pa-

(6) Calixto Valverde y Valverde; Tratado de Derecho Civil Español, Tomo - V, Pág. 48.-

trocina una fórmula armónica afirmando que como en la formación de la propiedad intervienen tres factores — la actividad individual, la colaboración y la influencia de la familia, y la tutela del Estado —, es evidente que cuando por muerte del titular se resuelve el derecho completo de propiedad, cada elemento debe obtener su parte: el individuo, mediante el respeto a su disposición testamentaria; la familia, mediante sus legítimas, y, el Estado mediante el impuesto sucesoral.

Para concluir, considero oportuno expresar mi opinión con relación — al tema tratado. Las diferentes doctrinas elaboradas con el objeto de darle un fundamento filosófico jurídico a la sucesión testamentaria, o sea, al derecho de disposición gratuita de los bienes por causa de muerte, siguen llenando las páginas de las obras de los tratadistas de derecho civil sin que hasta el momento se hayan puesto de acuerdo acerca del fundamento de tal facultad; en lo personal considero que, con excepción de la doctrina sustentada por Leibniz que mira la facultad de testar como una — expresión de la inmortalidad del alma, todas las doctrinas antes expuestas no son erróneas, sino más bien incompletas, porque no puede fundamentarse una facultad tan preciosa como la testamentaria desde un solo punto de vista, sino que por el contrario, para explicar dicha facultad deben tomarse en consideración muchos factores que intervienen en la estructura jurídica y social del Estado. No se puede pasar por alto que en la facultad de testar intervienen factores como el derecho de propiedad, la voluntad, la personalidad humana, la amistad, la facultad racional del hombre, el interés del Estado, la familia etc., facultad que siempre ha tenido el reconocimiento de la ley.

Las diversas doctrinas que fundamentan la sucesión testamentaria, no obstante sus diferentes puntos de vista, hacen resaltar la importancia y necesidad de una institución que como el testamento es imprescindible donde existe un núcleo familiar, es útil a la sociedad y responde también a un sentimiento natural de ánimo. Por eso dijo Tullier, que después de la religión, el testamento es el más dulce consuelo del hombre moribundo.—

III.— EL DERECHO DE TESTAR: SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La facultad que tiene toda persona de disponer de sus bienes para — después de su muerte recibe el nombre de derecho de testar. El derecho de testar tiene su fundamento jurídico en el derecho de propiedad, en la naturaleza racional del hombre y en que es una emanación de la personalidad y en la libertad que tiene toda persona para disponer de su patrimonio — por causa de muerte.

Pero es necesario no confundir el derecho de testar con la libertad de testar llamada también libre testamentifacción. El derecho de testar — ha sido reconocido por todos los pueblos civilizados en sus legislaciones, en cambio la libertad de testar, o sea, la facultad absoluta de disposición mortis causa sin limitación alguna, no ha tenido aceptación universal, sino que por el contrario son pocas las legislaciones que, como la — nuestra, la han aceptado.

El derecho de testar tiene en nuestra legislación rango constitucional, pues es considerado en nuestra Carta Magna como un "Derecho Individual"; por ello se hace necesario que analicemos el Artículo 173 de la — Constitución, el cual dice:

""""Artículo 173.— Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción"""".—

El artículo transcrito comienza por decir que "Toda persona tiene

recho de disponer libremente de sus bienes conforme a la ley", o sea que se reconoce la libertad de disposición de bienes en las formas reguladas por el derecho positivo. Ahora bien las formas de disposición de bienes son: a título gratuito o a título oneroso.

Una persona dispone de sus bienes a título gratuito desprendiéndose de su dominio sin recibir nada a cambio, ya sea por acto entre vivos o -- por un acto mortis causa. La disposición a título gratuito por acto entre vivos constituye la donación irrevocable, la cual una vez perfecta por la aceptación del donatario, le transmite el dominio de la cosa donada en -- forma definitiva, y se caracteriza por el hecho de que surte sus efectos en vida de su autor y no puede revocarse. La disposición a título gratuito por causa de muerte, o mortis causa, constituye un acto testamentario, caracterizándose porque produce sus efectos hasta después de la muerte -- del testador, constituyendo por ello un acto esencialmente revocable.

También se puede disponer de los bienes a título oneroso, el cual -- consiste en que el propietario se desprende del dominio a cambio de algo; tal es el caso de la venta, permuta, cesión de derechos, etc.

Pero el artículo 173 si bien es cierto que concede como un derecho -- la facultad de libre disposición de bienes, a cualquier título que sea, -- indica que dicha disposición debe hacerse de conformidad con la ley. Deja pues la Constitución a la ley secundaria que regule dicha facultad de libre disposición. Es necesario por lo tanto que quien desee ejercer dicha facultad sea capaz para ejercitarla, y además que su voluntad esté exenta de vicios; además, el que ejercita la facultad conferida en el artículo -- que comento, debe hacerlo de acuerdo a las disposiciones respectivas contenidas en las leyes secundarias, o sea, que se requiere de un título para que pueda operarse la transmisión del dominio y tal título, cualquiera que sea, debe ser legal.

Al decir el artículo 173 que "la propiedad es transmisible en la forma que determinan las leyes", está indicando que la propiedad solo puede ser transmitida por un modo de adquirir aceptado por la ley y que tal --- transmisión del dominio no se encuentra prohibida. Así tenemos que para -- que exista transferencia del dominio, éste debe hacerse por un modo de adquirir y que el bien cuyo dominio se transfiere sea de aquellos que están en el comercio.

Concluye el artículo 173 diciendo "habrá libre testamentifacción". -- El problema de la libre testamentifacción ha sido ampliamente debatido, -- su aceptación por las legislaciones constituye aun materia de enconadas -- discusiones por lo que me detendré un poco haciendo un análisis de dicha facultad antes de entrar al estudio de ella en nuestro ordenamiento constitucional y en el ordenamiento jurídico positivo.

Al hablarse de libre testamentifacción se entiende que la facultad -- de disponer de los bienes por testamento no sufre ninguna limitación de -- tipo legal, o sea que la voluntad de una persona en lo relativo al destino de su patrimonio después de su muerte no puede ser modificada por ningún motivo legal. Las limitaciones que la ley impone al testador para disponer de sus bienes se denominan asignaciones forzosas, y tienen la característica de que si el testador no las respeta, siempre dichas asignaciones tienen que cumplirse, constituyendo ello una modificación que hace la ley a la voluntad que se encuentra contenida en el testamento.

Se dice que en una legislación no existe libre testamentifacción no debe entenderse que en dicha legislación la libertad de testar está total -- mente suprimida, puesto que de ocurrir así, no podría otorgarse jamás testamento, sino que debe entenderse que la libertad de testar está limitada por la ley, existen restricciones más o menos grandes de disponer de la -- totalidad del patrimonio por acto testamentario; en dichas legislaciones la libertad de testar existe pero únicamente para disponer de aquella par

te del patrimonio que la ley no reserva a los legitimarios.

En Roma, en el antiguo derecho, bajo el imperio de la Ley de las XII Tablas, el testador tenía la más amplia libertad para disponer de sus bienes, estableciéndose el principio de que "lo que el pater familias hace respecto de sus pecunias o su familia sea ley". Pero dicha libertad tenía inconvenientes de gravedad porque el patrimonio era de carácter familiar, concurrendo todos los que se encontraban bajo la patria potestad a formarlo, y no era justo que algunas de estas personas quedaran sin participación en la herencia.

Tal circunstancia trajo como consecuencia limitaciones al derecho absoluto de disposición. Al respecto el derecho pretorio, al amparo de las doctrinas de los jurisconsultos fue modificando esta situación, y así, en la sucesión intestada, llamaron a la sucesión a los descendientes, fueren o no emancipados, concediendo la bonorum possessio unde liberi. Si una persona, herede sui, era injustamente excluida del testamento, ello significaba una manifestación de que el testador no había procedido en su sano juicio y, en consecuencia, anulaba el testamento y concedía la bonorum possessio contra tabulas. Los llamados en el testamento tenían el carácter de herederos; pero no se les daba la posesión de los bienes; eran entonces herederos sine re, y en cambio el bonorum poseedor era heredero cum re y tenía propiamente la herencia. Mas tarde los pretores determinaron que, de acuerdo con la ley, podría desheredarse a una persona, pero no se autorizaba para preterirla.-

Se tiene entonces una situación creada por el derecho pretorio paralelamente a la propiedad bonitaria en lucha con la propiedad quiritaria, y de la misma manera que en el derecho de dominio, en la herencia se impusieron los dictados de la equidad.

Las doctrinas de los jurisconsultos, aceptadas por los pretores, fueron incorporadas de hecho al sistema jurídico romano. Los emperadores acogiendo las doctrinas de los jurisconsultos, les dieron las formas definitivas en las constituciones imperiales.

En síntesis, para el Derecho Romano, la libertad absoluta del testador para disponer de sus bienes fue limitada por dos tipos de sucesiones: a) la sucesión necesaria formal, la cual consistía en una limitación a la voluntad del testador, por la que éste no podía en el testamento omitir a determinadas personas, vinculadas a él por potestad o estrecho parentesco, debiendo mencionarlas expresamente para destituirlos o desheredarlos, y; b) la sucesión necesaria sustancial, la cual consistió en una limitación a la voluntad del testador, por la cual no puede prescindir éste de dejar en el testamento y a determinadas personas, una parte de la sucesión, nunca inferior a determinado monto; dicha parte recibe el nombre de legítima.

La legítima constituye por consiguiente la primera asignación forzosa de que tenemos conocimiento, y la historia de ella es, como dice el maestro José Arias (?), la historia de la libertad de testar. La legítima pues, es una porción de bienes reservada por la ley a cierta clase de herederos que se denominan forzosos y de la cual no puede el testador disponer libremente a favor de otras personas.

En el sistema Romano las limitaciones impuestas a la libertad de disposición de que gozaba el testador, inicialmente se hicieron efectivas -- por medio de la querrela inofficiosi testamenti, por la cual el legitimario excluido de la porción que le correspondía en la herencia, podría obtener la anulación del testamento. Pero la anulación obtenida por medio de la querrela adolecía de grandes inconvenientes, porque quedaban sin efecto los legados, fideicomisos, etc., y además si el querellante no triunfaba quedaba privado de todo lo que hubiera podido corresponderle en la herencia.

Para evitar los inconvenientes de la querrela de inofficiosi testamenti se dictó la Ley Falcidia, que no fue propiamente una ley sino un plebiscito; por ella se determinó que el heredero tendría siempre derecho a reservarse la cuarta parte de los bienes que constituyeran su cuota hereditaria, y que los legados que excedieran dentro del conjunto de los bienes que le correspondían a la cuota que le tocaba, se rebajarían. Tal ley se dictó porque los testadores tratando de evitar la querrela y teniendo herederos forzosos a quienes debían instituir como tales, trataron de privarlos de la parte que les correspondía gravándoles con legados.

Justiniano fijó la legítima en la tercera parte de la herencia, si el causante dejaba hasta tres hijos, y si dejaba cuatro hijos o más la fijó en la mitad. Por eso se dice que recién en el derecho justinianico, la legítima adquiere su configuración moderna; puesto que al no respetarse la legítima el testamento no se anula, sino que los herederos forzosos tienen derecho a reclamar la parte de la herencia de la cual no pueden ser privados sin justa causa.

Las Partidas trataron de imponer el sistema de Justiniano, pero las Leyes de Toro hicieron prevalecer el sistema tradicional visigótico y fijaron en cuatro quintos de la herencia la legítima de los descendientes.

En el antiguo derecho francés, en las regiones de derecho escrito se continuaron aplicando las normas del derecho romano en lo que respecta a las legítimas; pero en las regiones de derecho consuetudinario o de costumbres la legítima fue sustituida por la llamada reserva consuetudinaria de origen germánico, basada en la idea de la copropiedad familiar que difería bastante de la legítima y su campo de aplicación era muy diverso. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se introdujo en las regiones de derecho consuetudinario el sistema de las legítimas.

El sistema jurídico durante la Revolución Francesa se mostró poco favorable a la libertad de testar, restringiendo al máximo tal facultad. Se debió tal circunstancia al hecho de que se temía que mediante el testamento se restablecieran las desigualdades que la ley había querido suprimir, y quizá también no se deseaba una partición de bienes que un legado habría permitido evitar. Por ello la ley del 17 Nivoso año II estableció que una persona solo podría disponer por donación o testamento hasta una décima parte de sus bienes cuando tuviera herederos en línea recta, y de la sexta parte cuando tuviera colaterales solamente. Es más, prohibió la donación de la porción disponible a uno de los herederos, con el objeto de mantener una absoluta igualdad entre todos los asignatarios.

El sistema de las legítimas adoptado por el Código de Napoleón es una síntesis de todos los sistemas imperantes en las regiones de Francia, tanto de derecho escrito como de derecho consuetudinario. En el Código de Napoleón la legítima solo se establece para los parientes en línea directa y nunca para los colaterales; constituye una protección de los herederos contra toda liberalidad que los perjudique. Constituye la legítima una parte integrante de la herencia y para poder tener derecho a ello es necesario ser heredero; la legítima se calcula de acuerdo al número de herederos legítimos existentes al momento del fallecimiento del causante y es por ello que en dicho sistema la ley no fija una cuota específica que constituya la porción disponible. También es de hacer notar que la porción de libre disposición puede ser asignada a cualquiera de los herederos cuyo parentesco con el causante le confiera la calidad de legítimario.

En el derecho español, el tema de la libertad de testar fue uno de los que más apasionó en la época en que se preparó la codificación civil;

a las razones alegadas en pro de la libertad de testar sin restricciones, agregábase un motivo nacional: el deseo de llegar a un acercamiento, en este punto, de las variadas legislaciones españolas. Dentro de la Comisión de Códigos, se discutió dicho tema, siendo una de las deliberaciones más interesantes, las consagradas al tema de la libertad de testar. También se abordó el tema de la libertad de testar en los Congresos jurídicos de Madrid y Zaragoza, en los que triunfó el criterio favorable a las legítimas, aunque no por mucha mayoría. El Código español adoptó el sistema de las legítimas, diferenciándose de las legislaciones forales y del sistema francés en que se aumenta la parte de libre disposición y se reduce la porción destinada a las legítimas. Así vemos que el monto de la legítima de los hijos está fijado de una manera invariable en los dos tercios de la masa hereditaria y en un tercio la porción de libre disposición (Art. 808 C.C.). Cuando el testador no tiene descendientes legítimos sino solo ascendientes, la legítima se fija en la mitad del haber hereditario y la otra mitad constituye la porción de libre disposición (Art. 809 C.C.).-

Una cuestión que ha sido ampliamente debatida es si la legítima es parte de la herencia-para hereditatis- o parte de los bienes que integran la herencia -pars bonorum- y ello tiene importancia por las consecuencias que tiene cada sistema que adopte una legislación; así vemos que en el sistema jurídico romano la legítima era pars bonorum y se satisfacía al legitimario haciéndole entrega de una cantidad de dinero equivalente al valor de los bienes que le correspondían, además el legitimario no se convertía en heredero. El sistema romano pasó con tales caracteres a la antigua legislación española y también fue adoptado en Francia por las regiones de derecho escrito. En los países de derecho consuetudinario, la legítima fue considerada como una parte integrante de la herencia y el legitimario fue considerado siempre como heredero.

El Código de Napoleón siguió este último sistema, habiéndose inspirado en él la mayoría de las legislaciones europeas, salvo excepciones, y la casi totalidad de las legislaciones latinoamericanas. Las excepciones que indiqué son las legislaciones alemana y austriaca; para dichas legislaciones la legítima no es parte de la herencia, sino que la consideran como un derecho de crédito que tiene el legitimario y que hace valer contra los herederos. En consecuencia, representa una obligación de la masa hereditaria y su titular no tiene jamás calidad de heredero.

La legítima es una fuerte limitación a la libertad de disponer y por ello ha existido siempre una fuerte discusión entre los tratadistas sobre cuál de los dos sistemas es preferible adoptar en las legislaciones, si el de la libertad absoluta de testar o el de las legítimas. Los argumentos aducidos en defensa de ambos sistemas son variados y de peso, pues cada uno de los dos sistemas ofrecen ventajas y desventajas a la vez, por ello solamente me concretaré a hacer una breve relación a la corriente que defiende la libertad absoluta de testar para luego pasar a examinar dicha libertad en nuestro medio.

Nocedal en su discurso inaugural de la Real Academia de Jurisprudencia, en el año de 1866 defiende la libertad absoluta de testar al decir - "que los hijos tienen en el corazón del padre, una garantía mayor y más eficaz, que todas las leyes positivas posibles y que todos los códigos de la tierra."", y dice que el hecho de que haya padres desnaturalizados que cometen injusticias al privar a sus descendientes de lo que les habría correspondido, ello constituye un hecho excepcional y rarísimo que no debe servir de fundamento y norma para suprimir una libertad tan preciosa.

El sistema de las legítimas en el Código francés fue atacado vivamente por Le Play en su obra *Reforme sociale en France*, y su pensamiento tu-

vo gran influencia al grado de formarse la Escuela de Le Play que propugnó por la supresión de las legítimas y el establecimiento de un sistema de libertad de testar sin restricciones. Para Le Play la división necesaria de la herencia entre los hijos es un mal, porque desmanuza las herencias, al mismo tiempo que la certeza de no verse despojado hace que el heredero forzoso no sienta el aguijón de la necesidad que lo haría ser activo y laborioso. Por ello proponía que debía darse al padre de familia una absoluta libertad de testar, permitiéndosle en tal caso disponer de su patrimonio para dejarlo a quel de sus hijos que le pareciera más apto y más digno y estimular con ello la actividad y preparación de los hijos, pues harían méritos suficientes para que el padre los prefiriera en su testamento sobre aquellos que por su conducta o falta de aptitudes para manejar sus bienes se temiera que habrían de disiparlos.

La libertad absoluta de testar obedece al principio de la libertad individual, porque el testador debe ser un árbitro imparcial de los destinos de su familia y por ello que no debe limitarse la capacidad de obrar del testador, pues con la libertad de testar se robustece la autoridad del padre al dar a cada uno de sus hijos lo que de acuerdo con sus méritos le corresponde.

Para finalizar me toca hablar del sistema adoptado por la legislación salvadoreña, con lo que creo haber satisfecho el tema que estoy tratando. Nuestra legislación en un principio adoptó un sistema de libertad restringida de disposición, sistema que fue abandonado en el año de 1902 al suprimirse la mayor parte de las asignaciones forzosas. Ello se debe a que el Código Civil chileno sirvió como modelo a nuestro legislador, y si comparamos el Código Chileno y el nuestro promulgado en el año 1860, encontraremos que son casi idénticos, salvo ciertas y contadas diferencias.

En el período en que existen limitaciones a la facultad de testar, que comprende desde la promulgación del Código hasta el año de 1902, dichas limitaciones las constituyen las llamadas "asignaciones forzosas", y hacen que la libertad de testar se limite únicamente a la porción disponible de la herencia. Las asignaciones forzosas eran los alimentos, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos. Se adoptó el sistema de las legítimas, pero no en una forma pura, sino que era un sistema de legítima y mejoras. Al respecto dice don Luis Claro Solar () "decidióse el legislador chileno por este sistema de legítimas; pero ni siquiera lo aceptó en su forma pura, en que una porción de los bienes hereditarios ha de pasar forzosamente a ciertas personas y distribuirse entre las designadas por la ley en la forma que ésta determina; y de la otra porción puede el testador disponer a su arbitrio; sino que dividió por mitad dicha porción restringiendo en una de sus partes la libre disposición del testador quien debe dejarla necesariamente a uno o más de sus descendientes legítimos, a los que puede dejarla a título de mejora, si son legitimarios, o como especial asignación, si no tienen tal carácter, pero que no puede dejarla a extraños el testador que tiene descendientes legítimos, único orden de sucesión en que hay mejoras".

Durante la vigencia del sistema de legítimas y mejoras la porción disponible no era uniforme en todos los casos, su monto dependía de la existencia de descendientes legítimos; si no existían descendientes legítimos, la herencia se dividía en dos partes, una de dichas mitades les tocaba a los legitimarios y la otra mitad era la porción de libre disposición; si existían descendientes legítimos, la herencia se dividía en cuatro partes, dos cuartas partes correspondían a los legitimarios y se llamaba a dicha porción mitad legitimaria, el otro cuarto constituía la cuarta de mejoras y el resto, o sea un cuarto, era la porción disponible.

En el año de 1902 nuestro sistema jurídico sucesorio sufre grandes transformaciones, pues se abandona el sistema de legítimas y mejoras al suprimirse las asignaciones forzosas y se adopta el sistema de la libre testamentación. Sin embargo no obstante la supresión del Art. 1138 del Código de 1860 que era el que indicaba cuales eran las asignaciones forzosas, y también la supresión de los capítulos II y III del Título V del Libro III, no se modificó el epígrafe del mencionado título V, que decía - "De las Asignaciones Forzosas", por lo que las asignaciones alimenticias continuaron siendo forzosas, circunstancia que perduró hasta el año de 1907 en que por ley del 21 de junio de ese año se cambió el epígrafe mencionado por el que actualmente se encuentra que dice "De las Asignaciones Alimenticias", y además se suprimió el capítulo IV de dicho Título, relativo a los "Desheredamientos", quedando el Título en referencia formado por un solo cuerpo y en la forma que en la actualidad aparece en el Código Civil.

A partir del año 1907 las asignaciones alimenticias dejan de ser asignaciones forzosas y se convierten en deudas que gravan toda la masa hereditaria, por lo que la noción clásica de la legítima ha sido sustituida por la obligación impuesta al causante de dejar a ciertas personas una parte de sus bienes en concepto de alimentos. Pero no solamente nuestra legislación ha seguido esta dirección, también las legislaciones de México, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Panamá han abandonado el sistema de las legítimas para sustituirla por el de obligación alimenticia que grava toda la masa hereditaria.

La Comisión nombrada para las reformas al Código Civil y que dió origen a la reforma de 1902, se pronunció por la sustitución del sistema de la facultad de testar en forma restringida por el de una amplia libertad de testar, y al proponer las reformas pertinentes a dicha materia lo hizo dando los motivos siguientes:

"La Comisión introduce en el inciso 2o. de este artículo una reforma importantísima y trascendental, con el establecimiento de la libertad de testar, que considera como una consecuencia del derecho de propiedad. A juicio de la Comisión, este sagrado derecho no deriva de la ley para que ella pueda atribuirse la facultad de imponer limitaciones a una persona cuando dispone de lo suyo para después de sus días; su fundamento descansa en la naturaleza humana, y es una de las conquistas más legítimas que el hombre realiza mediante la aplicación de sus facultades. Por consiguiente la libre testamentación, consecuencia de la propiedad, debe ocupar el lugar que legítimamente le corresponde en nuestras instituciones bajo el amparo de la libertad civil. Además de esta razón fundamental, la Comisión piensa que la libertad de testar en nada puede afectar el cumplimiento de los deberes para con la familia, en cuyo favor se han mantenido las restricciones legales que ahora se suprimen. La ley siempre queda garantizando los alimentos congruos de los hijos, de los ascendientes y del cónyuge sobreviviente, en condiciones amplias conforme a su posición social, para dar así satisfacción forzosa a aquellos deberes; y además, es probable que la libertad del testador se manifieste ordinariamente en favor de tales personas, obediendo a los sentimientos más naturales del corazón humano, pero de ahí pretender que se haga forzosa una asignación que no se funda en ningún derecho, hay una inmensa diferencia; es llevar la protección hasta el atentado. Por otra parte, no puede pretenderse que la ley sea más solícita y previsora respecto de los hijos que su propio padre, en la distribución de sus bienes, cuando por el contrario solo ésta puede apreciar debidamente las diversas condiciones y situación de los miembros

bros de su familia, para hacer la distribución conveniente; y aun que se prive a éstos de la seguridad de heredar, tal circunstancia, lejos de ser en su contra, tiene que redundar en su provecho sea para estimularlos a procurarse por sí mismo un modo de vivir independiente, o bien para impedir que, bajo la esperanza de la herencia, se abandonen a la disipación o entren en especulaciones aventuradas.

"Al tratar de la liquidación del acervo hereditario, la Comisión ha cuidado de asignar por vía de alimentos a los parientes del difunto, una cuota que varía del tercio al cuarto de la herencia, según se trate de descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente, para que aún en el caso de que el testador disponga de dejar sus bienes a herederos extraños, puedan sus hijos, sus padres o su cónyuge sobreviviente sostener el rango y posición en que se han mantenido durante la vida del testador y aún recompensarse -- del concurso que quizá le hayan prestado en la formación de su -- caudal"-.--

Pero si bien es cierto que por la reforma trascendental hecha al Código Civil en el año 1902 en que se suprimen la mayoría de las asignaciones forzosas, y la del año de 1907 en que las asignaciones alimenticias -- dejan de ser asignaciones forzosas, y que dejan el Art. 1141 en la forma en que actualmente aparece, la libertad de testar es absoluta; tal libertad existió únicamente en el orden positivo, no tiene rango constitucional y el avance que en la materia se había logrado estaba sujeto a la posibilidad de que se volviera al sistema de las legítimas y mejoras por una reforma posterior al Código. Por tal razón el legislador Constituyente de 1950 para evitar que se volviera al sistema anterior a la reforma y preservar la libre testamentifacción, le dió rango constitucional al decir -- al final del Art. 173 "Habrá libre testamentifacción"-. Desde la vigencia de la Constitución de 1950 hasta en la actualidad, nuestro orden -- constitucional garantiza la libre testamentifacción, porque si bien la -- Constitución de 1950 ya no está vigente por haberla sustituido una nueva Constitución promulgada en 1962 y que es la vigente en la actualidad, la Constitución actual tiene un principio idéntico en contenido en el Art. -- 173.

Ya dije que las asignaciones alimenticias no son de naturaleza forzosa, sino que más bien constituyen una obligación que grava la masa hereditaria, sin embargo surgió la interrogante de si el Art. 1141 que trata -- sobre las asignaciones alimenticias constituía una restricción a la libertad de testar garantizada por la Constitución, y que por consiguiente dicho artículo era inconstitucional. Dicha interrogante la aclaró una sentencia de la Sala de lo Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, -- pronunciada a las doce horas del día 19 de diciembre de 1967, cuyo ponente fue el entonces Magistrado doctor Adolfo Oscar Miranda, sentencia que por tratar un tema tan importante como lo es el de la libre testamentifacción, me veo obligado a transcribir los dos primeros párrafos de la doctrina sentada por dicha sentencia. Dice así:

"I.- Por ley de 4 de agosto de 1902 se estableció en el Código Civil Salvadoreño la libertad de testar, como una consecuencia del derecho de propiedad; quedando por lo tanto suprimidas las asignaciones forzosas, excepción hecha de los alimentos que se debían por ley a ciertas personas. Pero por ley publicada el 21 de junio de 1907 fue abolida la asignación -- forzosa alimenticia así como todas las normas atinentes "De los desheredamientos". Por consiguiente, la designación de la cuantía de los alimentos que regula el Art. 1141 C., no puede considerarse como una asignación forzosa que limite al derecho de libre testamentifacción, sino que constitu-

ye una obligación del testador de consignar en el acto de su última voluntad una deuda preexistente, o sea, de una obligación cuya fuente es la ley, Arts. 338 y siguientes, y 1308 C. y no al testamento. Se trata pues, de una obligación transmisible a los herederos del causante, ya que basta tener por ley derecho a alimentos para que el alimentario pueda exigir el cumplimiento de tal obligación si el testador, de acuerdo con el referido Art. 1141, no ha designado en su declaración de última voluntad la cuantía de los alimentos que esté obligado a suministrarle conforme al Título XVII, Libro Primero del Código Civil.

II.- El derecho de libertad de testar fue elevado a rango de derecho constitucional en el Art. 173 de la Constitución Política, el cual estatuye que: "Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción". La sola redacción de dicho precepto expresa que la libre disposición de bienes está limitada por las prescripciones legales, lo que implica, que la libre testamentifacción no debe entenderse de un modo absoluto, ya que tal norma considera la libertad de testar como una consecuencia del derecho de libre disposición de bienes, al cual debe ejercitarse de conformidad con la ley. Por consiguiente, el testador al disponer de sus bienes al amparo de dicha libertad, tiene que acatar lo que al respecto estatuye la ley. Cabe advertir, que la propia Constitución, que elevó a precepto constitucional la libre testamentifacción, creó, bajo el Título de "Régimen de Derechos Sociales", un capítulo especial dedicado a la regulación de la familia, prescribiéndose, en forma terminante, que "la familia, como base fundamental de la sociedad, debe, ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento...": lo cual evidencia que los alimentos que regula el Art. 1141 C. también tienen base constitucional, y que se han instituido para la protección de la familia. Por consiguiente, no existe ningún fundamento para alegar inconstitucionalidad del prenotado Art. 1141." (R.J. Tomo LXXII, año 1967 Pág. 393).

Considero muy atinada la doctrina anteriormente transcrita, y estoy de acuerdo con ella excepto en un punto, en el que dice que "la libre testamentifacción no debe entenderse de un modo absoluto", pues no obstante el respecto que me merece la opinión del distinguido maestro doctor Miranda, ponente en dicha sentencia, no estoy de acuerdo en la afirmación de que el Art. 173 de la Constitución haya establecido la libre testamentifacción con restricciones. Por el contrario, dicho artículo al tratar sobre el punto dice que "Habrá libre testamentifacción" y no menciona que dicha libertad tenga limitación alguna, es más, su redacción es imperativa, y si consideramos, como lo hace la sentencia que comento, que la libre testamentifacción no es absoluta sino relativa, no sería necesario reformar la Constitución para volver al sistema de legítimas y mejores, sino que bastaría que el legislador secundario así lo dispusiera, y entonces la garantía constitucional de libre testamentifacción se volvería inoperante. Y es que se incurre en dicha sentencia en un error, se quiere encontrar el fundamento constitucional del derecho de alimentos contenido en el Art. 1141 C., destruyendo un precepto también constitucional. La Constitución sacrifica la finalidad de protección a la familia por el principio de la libre testamentifacción, cuando la sucesión es testamentaria, y ello lo hace para respetar un derecho individual cual es el de poder disponer libremente de los bienes por un acto de última voluntad; la obligación de prestar alimentos tiene su origen en la ley y el obligado a prestarlos transmite a sus herederos dicha obligación, por eso considera que el fundamento constitucional del derecho de alimentos se encuentra tanto en el Art. 179 de la Constitución, como

en la transmisibilidad de las obligaciones.-

Para concluir diré que nuestro sistema jurídico sucesorio que adopta la libertad de testar en forma absoluta no desampara totalmente a --- aquellos que conforme a la ley hubieran sido herederos en el caso de que el causante hubiera muerto intestado, tienen la protección de la ley por medio del derecho de alimentos el cual pueden hacer valer siempre que -- reúnan los requisitos establecidos en ella. En mi opinión, la libertad - absoluta de testar ha dado más beneficios que los perjuicios que ha causado, puesto que ha vuelto más fuertes los lazos familiares y ha robustecido la autoridad paterna dentro del seno de la familia.-

CAPITULO SEGUNDO

DEL TESTAMENTO EN GENERAL

I.- ASPECTO HISTORICO DEL TESTAMENTO

La facultad que el hombre tiene de disponer de sus bienes para después de su muerte solo puede hacerse en el derecho moderno a través del testamento. El concepto de testamento ha sido una idea elaborada trabajosamente a través de la historia. Es por ello que considero necesario tratar los testamentos desde un punto de vista histórico antes de entrar de lleno al concepto del mismo, dividiendo este tema en las siguientes partes: 1) El testamento en los pueblos orientales, b) El testamento en el derecho romano, c) El testamento en el Derecho Germánico, d) El testamento en el antiguo Derecho Español, y, e) El testamento en el Código de Napoleón.

EL TESTAMENTO EN LOS PUEBLOS ORIENTALES

Los pueblos orientales antiguos no conocieron el testamento, pero si se tuvo una vaga idea de él, porque aun siendo la propiedad rigurosamente familiar existía la tendencia del jefe de familia de disponer de los bienes de algún modo.

Los egipcios no conocieron el testamento en su organización jurídico social, porque la propiedad era de familia, y ésta una asociación de copropietarios, de tal modo que si se quería disponer a favor de extraños tenía que introducirse en la familia por medio de la adopción. Lo mismo sucedía con los pueblos que habitaban en las riveras del Tigris y el Eufrates, o sea las culturas de la Mesopotamia, los persas y los Indios.-

Algunos opinan que los Hebreos conocieron el testamento por las referencias que aparecen en la Biblia. Así, según el Génesis, Jacob dió a su hijo José la porción de tierras que había conquistado combatiendo a los amorreos "Yo te doy de mejora sobre tus hermanos aquella porción que conquisté del amorreo con mi espada y mi arco" (Génesis, Cap. XLVIII, ver. 22); también se cita el caso de Abraham que dió a Isaac toda su herencia. "Y dió Abraham toda su herencia a Isaac" (Génesis, Cap. XXV, -- ver. 5). Y a los hijos que tuvo con otras esposas secundarias les otorgó donaciones. Contra tales hechos señalados por la Biblia, los que han hecho pensar que los hebreos conocieron el testamento, se opone la institución del Jubileo, que era la fiesta pública que celebraban al terminar cada período de siete semanas de años, o sea al comenzar el año quincuagésimo; en dicho año no se sembraba ni se segaba, y todos los predios -- vendidos o de cualquier manera enajenados volvían a su antiguo dueño y los esclavos hebreos con sus mujeres e hijos recobraban la libertad. Con la institución del Jubileo se tendía a la conservación de los bienes en la familia, pero el padre podría hacer en vida la distribución de ellos a sus hijos permitiéndoselo dar una porción mayor al hijo primogénito. -- Por ello, dicha institución es la demostración mas palmaria de que ese pueblo no conoció el testamento, pues con ella se obtenía la conservación de la propiedad en el círculo familiar y lo único que permitía era la distribución que podía hacer el padre entre sus hijos.

En Grecia, parece que el testamento fue conocido hasta en época muy avanzada, siendo en Esparta conocido hasta en la época de la Guerra del Peloponeso; y en Atenas fue introducido por Solón en el caso de que una persona no tuviera hijos legítimos.-

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO

Es hasta en Roma que se aceptó que una persona pudiera disponer de sus bienes para después de su muerte, por una razón que preside a muchos de los actos jurídicos romanos; porque éstos estimaban indispensable --- mantener el culto doméstico y entonces echaban mano de todos los medios imaginables para conservarlo. No se podía morir sin dejar quién lo continuara y de ahí que el culto doméstico ya lo encontramos en la adopción, en el matrimonio por uso y por último en el establecimiento del testamento.

La evolución del testamento en Roma consiste, en cuanto a las formas testamentarias, en pasar de las fórmulas más complicadas a las más sencillas, o sea que se busca la forma de hacer más accesible al ciudadano el otorgar testamento. La historia del testamento romano debe circunscribirse a épocas determinadas, y para el estudio de ellas se han dividido en las siguientes: a) Formas del testamento en el antiguo Derecho, b) Formas del testamento en el Derecho pretorio, y, c) Formas del testamento en el Derecho Imperial.-

FORMAS DEL TESTAMENTO EN EL ANTIGUO DERECHO:

Las formas del testamento en dicho período fueron: el testamento in calatis comittis, el testamento in procinctu, el testamento per aes et libram, el testamento per aes et libram perfeccionado y el testamento nuncupativo.

El testamento in calatis comittis se hacía delante de los comicios curiados, convocados al efecto y en presencia de los pontifices, pues -- prevalece sobre cualquier otro interés la continuidad de la sacra privada. El jefe de familia declaraba ante los comicios a quién instituía heredero, aprobando aquellos su decisión, de modo que el testamento resultaba una verdadera ley. Para ese efecto, los comicios se reunían dos veces por año.

El testamento in procinctu, se hacía delante del ejército y bajo -- las armas. El jefe de familia soldado, que quería testar antes de ir a -- la guerra, declaraba su voluntad, instituyendo heredero delante de sus -- compañeros de armas, que representaban la asamblea del pueblo; por tanto este testamento solamente tenía lugar en época de guerra.

El testamento per aes et libram se creó por el hecho de que el testamento in calatis comittis solo podía realizarse dos veces en el año, y en las épocas que para el efecto se reunían los comicios curiados, y para evitar que un pater familias muriese intestado, se recurrió a un procedimiento indirecto, que consistía en mancipar su patrimonio a una persona de confianza, encargándole oralmente que ejecutase las liberalidades que destinaba a otras personas. El adquiriente del patrimonio se llamaba familias emptor.

El testamento per aes et libram perfeccionado se introdujo en atención a que el anterior, o sea el per aes et libram, presentaba el inconveniente que no podía realizarse entre padre e hijo, porque entre éstos no era posible la mancipatio y además ésta producía sus efectos inmediatamente (de manera que el testador no tenía la posibilidad de revocarlo posteriormente), se perfeccionó el procedimiento para evitar estos inconvenientes, dividiéndolo en dos operaciones distintas, que se realizaban en un mismo acto: a) La mancipatio, por la que el familias emptor declaraba comprar el patrimonio, no para conservarlo, sino a título de depósito y para prestarse a la confección del testamento; y b) La nuncupatio,-

por la que el pater familias hacía la declaración correspondiente, teniendo en sus manos las tablillas que contenían el nombre del heredero y el conjunto de sus disposiciones testamentarias.

El testamento nuncupativo: como las formas testamentarias eran muy compendiosas, se admitió en el Derecho Civil que un ciudadano pudiese testar oralmente, con la ayuda de la simple nuncupatio, declarando en alta voz el nombre del heredero y su última voluntad delante de siete testigos.-

FORMAS DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO PRETORIO

Los Pretores estimaron que la tercera persona que concurría al testamento, el familias emptor, era simplemente un accesorio inútil, lo suprimieron y dijeron que concederían la bonorum possessio secundum tabulas al que presentara un testamento en que se instituyera heredero, siempre que estuviera escrito por el testador y firmado por él y por siete testigos en la crátula. Los testigos que participaban en el testamento per aes et libram, más el libripens y el familias emptor que completaban ese número.

Entonces tenemos que el verdadero testamento apareció con el Derecho pretorio y era un testamento cerrado. Este testamento tuvo primitivamente un valor relativo porque solo valía: 1o. cuando no había un testamento hecho por las formas anteriores; 2o. Cuando no existían herederos legítimos. Posteriormente se admitió la preferencia de este testamento sobre los herederos legítimos, pero no sobre los herederos instituidos en el testamento solemne, bajo el imperio de Marco Aurelio.-

FORMAS DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO IMPERIAL

Las constituciones imperiales, o más propiamente las de Teodosio II, determinaron que se daría la bonorum possessio en calidad de heredero a la persona que presentara un testamento escrito y abierto, firmado por el testador y siete testigos, y sellado por todos ellos; o que se reconocería la calidad de heredero a la persona que presentara un testamento escrito y cerrado, siempre que en la cubierta estuviera firmado por el testador y siete testigos y sellado por todos ellos.

Este es el testamento escrito, que se llamó también ológrafo, en oposición al verbal o nuncupativo. El testamento teodosiano es exactamente igual al testamento ológrafo de la legislación de Justiniano. Se diferencia del testamento pretorio, fundamentalmente, en que este último solo valía en ciertos casos; mientras que el primero es la fórmula definitiva de testar y se prefiere a cualquier otro testamento anterior.

Se caracterizan las formas del testamento de este período, en que son una combinación del testamento civil y del pretoriano, y son completadas por las constituciones imperiales. La presencia de los testigos y la necesidad de proceder uno contextu (significa que las formalidades debían cumplirse en un solo acto), provienen del derecho civil. El número de testigos, los sellos y la ascriptio (poner su nombre cerca del sello), están tomadas del derecho pretoriano. La subscriptio (significa que cada testigo, lo mismo que el testador ponía su firma debajo del testamento) está impuesta por las constituciones imperiales. También este período se admite el testamento nuncupativo para los que querían testar oralmente.

La forma definitiva del testamento es la que aparece en la legislación de Justiniano. En ella los testamentos son verbales o nuncupativos, y escritos u ológrafos; unos y otros pueden ser públicos y privados. Los

testamentos públicos son los escritos entregados al Emperador o los declarados verbalmente ante un magistrado que los escribe e incorpora en sus archivos, protocolizándolos. Los privados son los que se extienden únicamente ante testigos.

Por último intradujéronse, en este período, las formas especiales de testar, que se apartaban de las ordinarias y que se crearon para los casos en que hubieran dificultades para llenar los requisitos exigidos para el otorgamiento de los testamentos ordinarios. Tales formas especiales de testamento eran: el testamento militar, el testamento en tiempo de peste, el testamento rural, el testamento del ciego, el testamento del sordomudo y el testamento del analfabeto.

El testamento militar: la voluntad del soldado constituía un testamento válido, cualquiera que fuese la forma en que ella se manifestase, y podía testar, confiando su voluntad a un compañero de armas, escribiéndola con su sangre sobre su escudo, o sobre el suelo, con la punta de su espada. Durante la época clásica, el soldado gozaba de este privilegio en cuanto a la forma de testar, durante todo su servicio, y no solamente en tiempos de guerra. Justiniano lo limitó al período de campaña, y el testamento conservaba su validez hasta un año después de haber sido licenciado.

El testamento en tiempo de peste no exigía que los testigos estuvieran presentes en el momento de la redacción. El testamento rural era otorgado fuera de los centros urbanos y no requería más que cinco testigos. En cuanto al testamento del ciego, debía ser dictado por el testador y leído en su presencia, ante siete testigos, por el tabulario de la ciudad en que se otorgaba, quienes también debían firmarlo. Cuando se trataba de un sordomudo, se exigía una declaración escrita de puño y letra del testador. Por último si se trataba de un analfabeto, para que formulara su testamento se requería la presencia de ocho testigos.-

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMANICO

Los antiguos germanos al irrumpir en el mundo romano no conocían el testamento, para ellos la palabra latina testamentum se entendía en el sentido de documento en que constaba un acto jurídico. El jefe de la familia era considerado más como un administrador que como dueño de los bienes, pues la propiedad tenía carácter familiar, es por eso que a la muerte del jefe de familia, la administración de los bienes pasaba al que le sucedía en dirección del grupo familiar.

Únicamente en el caso de que una persona careciera de descendientes podía darse dicha persona un heredero extraño, y eso lo hacía por medio de la adopción pues lo colocaba en el lugar del hijo, en caso de haberlo tenido, por la entrega que le hacía de la espada acompañado dicho acto de ciertas fórmulas y se hacía en la asamblea del pueblo.

El sistema de la adopción fué más adelante cambiado por una institución llamada *affortemía* entre los Francos, *thing* o *thin* entre los lombardos; por medio de ella se daba la posesión de los bienes a un intermediario que los retenía como suyos durante un año, lapso en el cual podía reclamarlos el que se creyera con derecho a ellos. Pasado dicho año sin que ningún heredero reclamara los bienes, el intermediario, en asamblea pública presidida por el rey, hacía entrega simbólica de los bienes al heredero designado por medio de la varilla arrojada por él al pecho del heredero.

La adopción ante la asamblea era una institución que se asemejaba al

testamento in comittis calatis, y la *affortomia* presentaba semejanzas con el testamento per *ass et libram* y en razón de tales similitudes algunos han considerado que los germanos conocieron el testamento. Sin embargo, la mayoría de los autores, tomando como fuente las relaciones que hace Tácito, concluyen por afirmar que el testamento fue desconocido por los antiguos pueblos de origen germano, antes de que dichos pueblos invadieran Roma provocando la caída del imperio de Occidente.

Pero los pueblos que conquistaron Roma fueron a su vez conquistados por su cultura y se convirtieron también al cristianismo, religión que había tomado auge durante el Imperio, y así vemos que adoptaron la mayoría de las instituciones jurídicas romanas, inicialmente de hecho para incorporarlas después en sus legislaciones. Por ello el testamento aparece ya en el Código de los Visigodos, en el Fuero Juzgo, en la legislación de los Burgundios, en el edicto de Teodorico y donde más tarde apareció fue en Alemania hasta en el Siglo XIII.-

La causa poderosa de la generalización del testamento fue que facilitaba las liberalidades piadosas como medio de expiación de los pecados tomando auge los legados hechos a las Iglesias y establecimientos piadosos, por tal razón el testamento fue frecuentemente llamado *eleemosyna*. Se da el caso de los cruzados y los peregrinos que formulaban su testamento para el caso de que no volvieran de la cruzada o de la peregrinación. El reparto de las liberalidades estaba regulado en caso de que el testador no lo hubiere hecho con suficiente claridad, por una capitular de principios del Siglo IX, por la cual, si la Iglesia era pobre, la repartición de los bienes se hacía por partes iguales entre los pobres y el clero; pero si por el contrario era rica, debían darse a los pobres las dos terceras partes de los mandas.

El carácter religioso del testamento en la época medieval de los países germánicos, estableció una gran diferencia con el testamento romano; pero no solo ese carácter es elemento diferenciador; desde el punto de vista jurídico las diferencias existentes son: en cuanto a la capacidad del testador, éste debía de gozar de buena salud, principio que fue adoptado por los longobardos y por los ingleses, pero estos últimos no permitieron en el testamento in extremis que se pudiera disponer de inmuebles si no era con el consentimiento del heredero legítimo. Se suprimieron los testamentos *apud acta conditti* y *principi oblatum*; los privados quedaron reducidos a un simple acto ante testigos, cuyo número era variable, así para el testamento verbal se requerían siete testigos que debían reducirlo a escritura con el objeto de que no se perdiese la eficacia del testamento en caso de muerte de algún testigo; para el testamento escrito se requerían inicialmente siete testigos, pero más tarde el número fue reducido a cinco. En la época medieval el testamento dejó de ser el acto que tiene principalmente por objeto la institución de heredero, como sucedía en el Derecho Romano, por el contrario, se podían consignar en el testamento solo mandas o legados y dicho acto surtía plena eficacia. En la época a que aludimos se podía morir con más de un testamento válido, pues además de regir el último, valían todos los anteriores en cuanto no hubieran sido revocados expresamente por el posterior y no fueran incompatibles sus disposiciones. Por último, los albaceas se encargaron inicialmente de ejecutar las disposiciones relativas al alma del testador y las obras pías, pero pronto extendieron sus funciones a todas las operaciones de la sucesión.-

EL TESTAMENTO EN EL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL

El pueblo godo fue el más romanizado de los bárbaros por lo que nada tiene de particular que en su legislación sobre sucesiones sea muy sencilla

ble el influjo del Derecho romano, generalmente ante Justiniano. La libertad de testar fue aceptada al principio, para sustituida en el tiempo de Chadsvinto por el sistema de legítimos y mejores. En el Breviario o Código de Alarico, se reprodujo, en cuanto al testamento, las reglas del Derecho romano que imperaban antes de Justiniano; así vemos que el testamento oral se denominaba nuncupatio, reservándose la voz testamentum para el testamento escrito, y también se admite el testamento ológrafo para el cual no se requiere la presencia de testigos. En dicho código no se contempla el testamento militar porque en ese tiempo los soldados eran de raza germana y ellos no se regían por el derecho romano; además, la testamentifcación activa se otorga a las mayores de catorce años.

En la ulterior Edad Media Española es más visible la lucha entre el elemento germano y el romano, tanto en el Derecho sucesoral como en las demás instituciones civiles. El Derecho español propiamente nacional se manifiesta en los Fueros municipales y mobiliarios con marcada orientación el derecho germano tomando como idea inspiradora la de fomentar el aumento de la población y exaltar el principio familiar, por lo que se limita considerablemente la libertad de testar, el llamamiento en la sucesión intestada a los hijos de concubina o barragana en defecto de hijos legítimos, la admisión de la troncalidad y algún pequeño rasgo de primogenitura. En el título quinto del Libro segundo del Fuero Juzgo o Código de los Visogodos se trata de los testamentos.

Según el Fuero Juzgo se admitían las formas de testamento romano siguientes: el testamento escrito que era vulgarmente llamado testamento cerrado, el cual el testador lo otorgaba entregando a un notario en presencia de testigos una escritura cerrada y manifestándoles que les entregaba su testamento, al cual el notario ponía su sello y lo firmaban todos los presentes; el testamento nuncupativo, llamado comunmente testamento abierto, por el cual el testador declaraba su voluntad ante testigos y el notario. Ambas formas de testamento debían ser presentadas a un obispo o a un Juez, para efectos de legalización, dentro de seis meses, y aunque el Fuero Juzgo no especifica desde cuándo corrían dichos seis meses se ha considerado que eran después de la muerte del testador. También nada dice dicho Fuero respecto al número de los testigos, pero según Villadiego se requerían siete testigos.

El Fuero Juzgo reconoció, además, el testamento ológrafo en la ley 15 t. 5 lib. 2, para aquellos casos de emergencia en que no era posible observar las solemnidades prescritas, como en el caso de que el testador no pudiera encontrar testigos.

En el Fuero real predomina también, aunque no en forma exclusiva el Derecho germano; no se ocupa especialmente del ordenamiento de los testamentos, pero en el título quinto del libro tercero trata de las mandas dando a esta palabra el mismo sentido de testamento.

Las partidas representan íntegramente el sistema sucesoral romano de la época de Justiniano y constituyen uno de los precedentes principales de muchos legisladores de nuestro Código Civil, en materia sucesoria. Establecen dos especies de testamento: el testamento nuncupativo y el testamento in scriptis; pero ambas formas de testamento antes de las Partidas se confundían muy a menudo, por ello se innovó a través de las leyes Alfonsinas las cuales diferenciaron las formas mencionadas. Así vemos que la diferencia entre el testamento nuncupativo y el testamento in scriptis depende de la intención del testador; así si éste quiso testar por escrito, el testamento será escrito aunque al mismo tiempo lea a los testigos lo que dispone en las tablas testamentarias; por el contrario, si la intención del testador era disponer de sus bienes de viva voz, el testamento será nuncupativo aunque el notario que intervenga en su otorgamiento -

haga una relación escrita de la voluntad del testador, para que las disposiciones se conserven mejor y así asegurar el cumplimiento de la voluntad del testador. En cuanto al número de testigos se fija en siete para el testamento in scriptis, los cuales debían ser rogados por el testador, debiendo escribir sus nombres al final del testamento y hacer relación de que habían sido rogados por tal efecto.

Un precedente del testamento cerrado lo encontramos en la ley 2 del título primero de la Partida sexta, en el caso que el testador quería otorgar testamento in scriptis y deseaba mantener en secreto sus disposiciones aún para los testigos y el notario que en dicho acto intervenían; en tal caso el testador escribía personalmente el testamento y presentaba, en el otorgamiento, la escritura cerrada al notario y los testigos en número de siete para que lo sellaran, a fin de asegurar su inviolabilidad, y afirmaran la cubierta conjuntamente con el testador, al declararles que dentro de tal cubierta se contenía su testamento.

El testamento del ciego se regulaba por la ley 14 del título 1 de la Partida sexta de la siguiente manera: el ciego testaba válidamente llamando siete testigos y un notario manifestándoles que quería hacer su testamento, el otorgamiento consistía en que el escribano ponía por escrito, a medida que el testador fuera expresándoles de viva voz; a quien instituía heredero y sus demás disposiciones, si dichas disposiciones no se encontraban escritas; pero aún estándolo el testador debía repetir ante el notario y testigos las disposiciones de última voluntad. El escribano debía leer la escritura hecha por él o la que ya existía delante de los testigos y del testador para que éste ratificara su contenido y el ciego debía decir en forma clara y precisa que ese era su testamento. Si no se encontraba un notario, debía llamarse un octavo testigo, y por último, el testamento debía ser sellado por el escribano y testigos y todos debían poner su nombre en la escritura.

El testamento de los campesinos o aldeanos rompía la regla general de que siete era el número de testigos que debían concurrir al otorgamiento del testamento. La ley 6 del título 10. Partida sexta establecía para el testamento del campesino la concurrencia de cinco testigos. Pero el aldeano no podía otorgar testamento cerrado, sino que únicamente testamento nuncupativo porque se temía que la ignorancia de los testigos facilitara el fraude con el engaño del testador y de los testigos.

El Ordenamiento de Alcalá es uno de los cuerpos legales más diminutos y circunstanciales de la antigua legislación española; es, sin embargo, de la mayor trascendencia, por el influjo que ejerce en el estado confuso y multiforme de la legislación de Castilla, estableciendo por primera vez el orden de prelación entre las diversas fuentes de la misma y resolviendo los problemas histórico-político, a la vez que legales, de la promulgación de las Partidas y de la concordancia entre los elementos romano y germano, que respectivamente inspiraron aquellos, mediante un hábil criterio de transacción, único posible entonces, que en relación a la importante materia de la testamentifacción, no solo modificando considerablemente y con numerosa variedad de fórmulas las solemnidades para otorgar los testamentos, sino transformando radicalmente la doctrina romana que venía imperando, haciendo desaparecer del Derecho español, desde dicha fecha, aquellos cánones fundamentales de las leyes romanas acerca del concepto de solemnidad interna de los actos testamentarios y la necesidad para su validez de la institución de heredero y de la aceptación del instituido y el de la incompatibilidad entre la sucesión testada o intestada, siendo ésta una reforma radicalísima que se llevó a cabo por la ley única, tit. 19 del Ordenamiento de Alcalá.

Con respecto a las innovaciones que sufrieron las formas testamentaria-

rias introducidas por el Ordenamiento de Alcalá en relación con las Partidas, vemos que el número de testigos instrumentales fue reducido a tres -- si el testamento se otorgaba ante escribano público; y a cinco, si no -- asistía escribano. El ordenamiento no expresaba si se refería al testamento abierto y también al testamento cerrado, o si solamente se refería al primero.

Las leyes de Toro forman una colección poco voluminosa pero de gran trascendencia por la misión legislativa de época que cumplieron, de corregir y aclarar las principales dudas del Derecho precedente y por la importancia y extensión de su contenido, especialmente en materias del Derecho de sucesión, como demuestra su simple enumeración, enriqueciendo el Derecho anterior al Código Civil con importantes reglas y soluciones respecto de la aplicación sólo al testamento nuncupativo de las solemnidades establecidas por la ley única del tit. I del Ordenamiento de Alcalá, lo mismo que al codicilo; regulación de las del testamento cerrado y de las del ciego, reduciendo el número de sus testigos, y derogación del privilegio otorgado por el padre entre los hijos y descendientes legítimos; reconocimiento al condenado a muerte natural o civil, lo mismo que al hijo o hija sometido a la patria potestad que tuvieran más de catorce años, respectivamente, sin necesidad de la licencia del padre, la testamentificación activa que los negaban las leyes anteriores.

Por último, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación modificaron y completaron la legislación contenida en las Partidas y otras leyes anteriores y se reconocieron dos clases de testamentos ordinarios, el nuncupativo o abierto que debía celebrarse ante escribano y tres testigos o ante cinco testigos, reemplazando así al escribano que faltaba por dos testigos; y el cerrado o in scriptis que debía celebrarse ante escribano y siete testigos. El testamento nuncupativo del ciego era considerado un testamento especial en que debían figurar a lo menos cinco testigos. También, fuera de los testamentos ordinarios existía el testamento militar, el cual fue considerado como privilegiado.

EL TESTAMENTO EN EL CODIGO DE NAPOLEON

El código civil francés, conocido universalmente con el nombre de Código de Napoleón, logró realizar el propósito, que hasta entonces se había frustrado, de uniformar en todo el territorio francés el régimen jurídico civil, en especial el régimen sucesorio, suprimiendo las contradicciones entre el derecho de las regiones de Derecho escrito y entre el Derecho de las regiones de costumbres, las primeras de influencia predominantemente romana y las segundas de influencia germánica. La uniformidad no significó introducir el testamento, el cual se admitía en ambas regiones, sino unificar su forma y contenido mediante una transacción que ha influido, sobre todo respecto de las categorías de sucesores y su denominación.

El Código de Napoleón clasifica los testamentos en comunes y especiales, atendiendo a las solemnidades de que está revestido tal acto. Los testamentos comunes admitidos por el Código son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento místico. Los testamentos especiales tienen un valor relativo, puesto que caducan pasado cierto tiempo si sobrevive el testador; son: el testamento militar, que solo puede ser otorgado por militares o marinos o por personas empleadas en los ejércitos, y solamente fuera de Francia, o en Francia en casos de movilización o guerra que afecte su territorio; el testamento hecho en caso de peste o enfermedad contagiosa o en una isla donde no haya notario; el tes-

el testamento hecho en las regiones invadidas durante la guerra.

El Código Francés entiende de manera muy liberal el principio de la solemnidad del testamento. Deja a los particulares la opción entre varias formas y los permite hasta redactar su última voluntad por instrumento -- privado. En cuanto a las solemnidades, el testamento por acto público lo es en el más alto grado, pues está rodeado por toda clase de causas de nulidad; pero en cuanto al testamento ológrafo las reglas poco numerosas -- sentadas por el Código son condiciones y pruebas de sinceridad antes que solemnidades de forma. No obstante todavía hay algo que constituye una solemnidad: la escritura que debe ser de puño y letra del testador.

En todos los casos el testamento se hace por escrito, pues el Derecho francés no reconoce el testamento verbal que se practicaba mucho antes del Código pero que ya había sido prohibido por la Ordenanza de 1735. El codicilo era antaño un testamento hecho sin formalidades que figuraba a menudo en una carta y podía contener fideicomisos. Justiniano realizó -- la fusión de los legados y los fideicomisos y exigió formas para el codicilo, por lo que éste perdía desde entonces su originalidad. Se conservó el hábito de llamar así a una disposición testamentaria anexa o suplementaria. En el Código de Napoleón el codicilo está sometido exactamente a las mismas formas que el testamento y su carácter de dependencia solo tiene -- interés cuando se trata de determinar los efectos de la revocación del -- testamento y del codicilo.

Con el estudio del testamento en el Código de Napoleón creo haber hecho una síntesis bastante general del aspecto histórico de las formas testamentarias, pero podrá preguntarse el porqué me detengo hasta el Código de Napoleón y no continúo la historia de la institución que nos ocupa en la actual legislación española, en los Códigos de Latinoamérica etc. La -- razón es la siguiente: el Código Civil francés ha servido de modelo a muchas legislaciones y su influencia en materia sucesoria ha sido muy grande, por ello las innovaciones que se han hecho en los Códigos posteriores a tal instituto jurídico no han sido sustanciales en materia de testamentos puesto que se ha conservado su espíritu. Así vemos que don Andrés Bello en su Proyecto de Código Civil Chileno nos dice que tuvo muy en cuenta el Código de Napoleón. Sin embargo en el desarrollo de este trabajo, a medida que trate los artículos de nuestro Código Civil haré relación a -- otras legislaciones.

II.- CONCEPTO DE TESTAMENTO

Etimológicamente la voz testamento procede del latín testamentum que viene de testari. Justiniano hace derivar la palabra testamentum de testatio mentis, o sea, testimonio de la voluntad. Esta etimología la había da -- do Servius Sulpicius, al decir de Aulio Gelio, habiéndola adoptado tam -- bién Alfonso el sabio al decir en la ley la. tit.- De los testamentos de la Partida sexta ""testatio et mentis son dos palabras de latín que quie -- ren tanto decir en romance como testimonio de la voluntad del amo. De es -- tas palabras fue tomada el nome del testamento"".

La etimología testatio mentis fue afortunada porque guardaba rela -- ción con las definiciones que del testamento dieron Ulpiano y Modestino, pero en si misma ella no es más que un simple juego de palabras dice don Luis Claro Solar. Vinnius dice que Sulpicius al expr -- sar que testamento -- es una palabra compuesta de testatio y mentis siguió la costumbre de los autores que buscan en esta suposición de palabras compuestas un medio de aclarar las cosas. Para Vinnius la palabra testamento no es compuesta si -- no simple y su verdadera etimología viene de testari.

Accarias, citado por Claro Solar, dice que la desinencia mentum,

mas
tiene/valor aquí que las palabras fundamentum, augmentum, vestimentum, y en tantas otras en que es bien imposible hacerlas derivar de la palabra mentis.

Claro Solar (8) considera de más valor la etimología testibus mentis que se apoya en la consideración de que siempre y desde su principio fué el testamento una declaración hecha ante testigos que, en el origen de la institución, tuvieron un papel colaborador, pues no se limitaban, como lo es actualmente, a testificar sino que aprobaban la declaración o mención que ante ellos hacía el testador del que quería que fuera su heredero.

El concepto de testamento ha sido trabajosamente elaborado a través de la historia, así vemos que en el Derecho romano el concepto de testamento se centra en la institución de heredero, siendo ese el fin primordial del testamento. Pero no debemos de olvidar que no obstante que tal institución era para los romanos el principal objetivo del testamento, -- por ser la forma más fácil de procurarse un continuador de su personalidad y de su culto doméstico, a partir de la Ley de las XII Tablas se permite hacer en el testamento disposiciones de tipo patrimonial.

Modestino define el testamento como "la justa expresión de nuestra voluntad respecto de lo que cada uno quiere que se haga después de su muerte".- Ulpiano lo define de la siguiente manera: "la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte".

Apreciamos que ambas definiciones guardan gran similitud, sin embargo ninguna de estas definiciones es aceptada, porque lo que caracteriza el testamento romano es la institución de un heredero o de varios. Pero hay que recordar que el mismo Modestino había manifestado que sin la institución de heredero nada vale lo escrito en el testamento, y que en todo el campo del Derecho hereditario romano domina el principio general de que los testamentos toman fuerza de la institución de heredero, por lo que ella es considerada como el principio y el fundamento del mismo.

En Roma, este acto de última voluntad está sujeto a formalidades o solemnidades externas o internas, lo cual se explica porque cuando se trata de un acto jurídico que va a producir efectos después de la muerte, será difícil probarlo si no se le sujeta a estas solemnidades.

En el acto jurídico entre vivos siempre podrán las partes decir cuál fué su voluntad, o habrá otros medios para probarla, mientras que cuando se trata de un acto jurídico que va a producir efectos después de la muerte del que lo realiza, la tarea se complica. Entonces, es indispensable reducir a este acto jurídico de solemnidades bastante severas a fin de que no quede la menor sombra de dudas sobre cuál fué la voluntad última del causante.

Por la influencia del derecho germánico y del Derecho consuetudinario francés, que establecían el principio "solo Dios hace heredero, no el hombre", desaparece la característica esencial del testamento romano, de ser el acto por el cual se instituye al heredero, para convertirse en un acto de disposición patrimonial que podía contener o no la institución de heredero.

En el antiguo Derecho español la necesidad de instituir heredero en el testamento desaparece hasta en el Ordenamiento de Alcalá, y a partir de entonces comienza a contrarse el concepto de testamento en el requisito de la disposición de bienes, consecuencia de ello es la definición de testamento que dá el Código español en su Art. 667 que dice "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento." Sin embargo, la definición que -

(8) Claro Solar; Ob. citada, Tomo XIII Pág. 422.-

dá el Código español ha sido duramente criticado por don Felipe Sánchez - Román (9) de inexacta, incompleta e inútil; dice que es inexacta porque - "el testamento lo mismo puede comprender sirviendo a las complejas necesidades de la vida civil, disposiciones acerca de los bienes, que declaraciones y derechos relativos a las personas". "Dice también que la definición es incompleta porque ha prescindido de la mención de caracteres especiales del testamento, de los cuales dependa nada menos que su validez y eficacia; Puig Peña (10) no está de acuerdo con tal crítica porque los caracteres jurídicos del testamento no pertenecen propiamente al estudio de la definición, y ya en lo personal considera correcta la opinión del profesor Puig Peña. También, Sánchez Román, considera inútil la definición - porque de ella no resulta provecho alguno ni trascendencia de aplicación quedando reducida a un precepto vacío y estéril, de una insuficiente y vaga generalidad, sin resonancia práctica de ninguna clase, según lo prueba -afirma- el que su supresión en nada perjudicaría la economía legal del - Código.

El Código de Napoleón al definir el testamento en el Art. 895 tampoco exige la institución de heredero en dicho acto, siendo en consecuencia, un acto de disposición patrimonial.

Modernamente se ha centrado el concepto de testamento, en ser un acto de ordenación sucesoria general, pues no obsta a la validez y eficacia de la disposición testamentaria el silencio de la ordenación de bienes.

El Código argentino define el testamento en su Art. 3607 diciendo: - "El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte". Al igual que las definiciones dadas por los Códigos - de Francia, España y Chile el argentino dice que el testador dispone del todo o parte de sus bienes; ello es así porque esas legislaciones tienen un sistema de testamentifacción restringida, o sea, que conservan el sistema de la legítimas, y además la sucesión puede ser parte testada y parte intestada. Vélez Sarsfield en la nota al artículo transcrito dice: "La escritura es un elemento constitutivo del testamento mismo. Los intérpretes, si guiando el Derecho romano, llamaban testamento nuncupativo al testamento hecho de viva voz: Licet ergo testanti, vel nuncupare haeredes, - vel scribere. L. 21 Dig. Qui testament. facere. Instit., De testament Ordin. Aunque esta forma pueda ofrecer ciertas ventajas, no la admitimos, - porque juzgamos imprudente autorizar a los moribundos a confiar sus últimas disposiciones, comunmente muy importantes, a la incertidumbre o la -- fragilidad de la memoria de los testigos, cuando sean muchas las disposiciones del testador, y a todos los peligros de la prueba testimonial. El Artículo no exige términos muy precisos para manifestar la última voluntad. Un testador que dijese, quiero que fulano reciba mi sucesión, doy todo mis bienes a fulano, habría hecho un testamento regular. Los términos empleados por el testador, por incorrectos e irregulares que sean, desde que el acto indique lo que el habría querido que se hiciera después de su muerte del todo o parte de sus bienes, sería un testamento válido, Vazcille, Art. 967. Tampoco altera la validez del acto, la denominación que le dé el testador. Sería válido aunque lo llamaso donación a causa de muerte, o codicilo, aunque no haya donación a causa de muerte, ni la palabra codicilo signifique otra cosa que un testamento suplementario". (11)

El artículo 1295 del Código Civil Mexicano define el testamento como ""el acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona ca- paz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte". Falta a la definición hacer resaltar el carácter uni-

(9) Felipe Sánchez Román; Estudios de Derecho Civil, Tomo VI, Vol. I Págs. 202 y 203.-

(10) Federico Puig Peña; Tratado de Derecho Civil Español, Tomo V, Vol. I, Pág. 77.-

(11) Código Civil Argentino con notas de Vélez Sarsfield. Pág. 696.-

lateral que tiene el acto testamentario. Además, en vez de libre, debería decir autónomo; el testador no necesita autorización de nadie para hacer una manifestación de última voluntad. Al ponerse la palabra libre, no se hace resaltar ningún elemento nuevo de la definición, puesto que todo acto o contrato necesariamente debe serlo.

A continuación, y antes de entrar al estudio del concepto de testamento en nuestra legislación, haré relación a algunas definiciones que -- del testamento han dado los tratadistas de derecho civil. Definir el testamento no es una labor sencilla; sabemos que resulta sumamente difícil -- resumir en una mera fórmula una idea completa acerca de la institución -- que nos ocupa. En las definiciones que presentaré a continuación se verá a menudo la idea que el autor ha querido expresar, si ha querido hacer -- una relación de sus caracteres más importantes, o si por el contrario, ha querido darnos una idea de la naturaleza jurídica de lo que es el testamento.

Colin y Capitant definen el testamento como: "un acto unilateral y -- solemne, revocable hasta la muerte del otorgante, y por el cual éste dispone del todo o parte de sus bienes que deje a su muerte". La anterior de finición hace relación a la naturaleza jurídica y caracteres del testamento, pero me parece deficiente porque menciona que tiene como único objeto disposiciones patrimoniales lo cual no es cierto, ya que existen en el -- testamento declaraciones que son de tipo extrapatrimonial.

Para Bonnetcase el testamento es "un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapeconiario". Considero aceptable esta definición, pues en ella se -- ha concretado su autor a darnos un panorama general del testamento, mencionándonos únicamente su naturaleza, y no incurre en el error de enumerar sus caracteres.

Valverde y Valverde da la siguiente definición: El testamento es un negocio unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad expresada no produce efectos hasta después de la muerte del que lo hace".

De Buen dice que el testamento es "una declaración de voluntad unilateral y solemne por la que una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte".

De Diego dice que: "El testamento es un acto unilateral personalísimo, solemne, revocable, mortis causa, enderezado a disponer lo que queremos que se haga después de nuestra muerte en los límites y condiciones impuestos por el Derecho objetivo".

Mucius Scasvola da una definición bastante amplia de testamento, diciendo que es "aquel acto espontáneo, personal, solemne y revocable por -- virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone para después de su muerte de su fortuna como de todo aquello que en la esfera social en que vive puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él están unidas por cualquier lazo de interés".

Por último, Puig Peña dice que "El testamento es aquel acto jurídico por cuya virtud una persona establece en favor de otra u otras, para después de su muerte, el destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación de otros asuntos de carácter no patrimonial". El mismo autor al -- darnos tal definición, continúa diciendo que en la definición no incluye los caracteres del testamento, porque entiende que los mismos no deben en principio ir a la definición, sino a la cuestión de su naturaleza jurídica.

En nuestra legislación el concepto de testamento ha sufrido variaciones, desde la que se dió en el Código Civil de 1860 hasta la que actualmente tenemos.

El Código de 1860 definió el testamento en su artículo 978 diciendo: "El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o 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". Tal definición es idéntica a la contenida en el artículo 999 del Código chileno de donde fué tomada por nuestro legislador.

La definición anterior sienta los principios siguientes: el testamento es un acto jurídico, no un contrato; ello trae como consecuencia que se perfecciona por la voluntad de una sola persona -el testador-, los herederos o legatarios no intervienen en él, pues no se necesita de la aceptación de ellos para que tengan validez las disposiciones contenidas en el acto testamentario.

El testamento es un acto mortis causa, o sea, que sus disposiciones se cumplirán hasta que muera el testador, porque hasta el momento de su muerte la declaración de voluntad que ha hecho en el testamento que otorga es como un mero proyecto que puede no llegar a surtir efectos por varias motivos, ya sea que se revoque, que los asignatarios fallezcan antes que el testador, etc., por ello el asignatario no adquiere por el otorgamiento del testamento y antes de la muerte del testador ningún derecho, ni siquiera un derecho condicional; solo tiene una simple expectativa que puede desvanecerse por la revocación del testamento. La revocabilidad del testamento es de la esencia del acto, ya que es un derecho al cual el testador no puede renunciar comprometiéndose con el asignatario instituido a no modificar o revocar el acto, porque tal cláusula se considerara como no escrita. El testamento es primordialmente un acto de disposición de bienes, pero como veremos más adelante, también puede el testamento contener disposiciones ajenas a todo contenido patrimonial. Por último, la definición establece el principio de la solemnidad del acto, el testamento siempre está revestido en mayor o menor grado de solemnidades establecidas por la ley, ya que si no se cumple con el mínimo de ellas establecidas por la ley el testamento no es válido.

Por ley del 4 de agosto de 1902, se reformó el artículo como sigue:

"Se llama testamento la declaración que una persona hace de su última voluntad, especialmente en lo que toca a la trasmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días".

"El testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar, sin perjuicio de las reducciones a que se haya sujeto su patrimonio con arreglo a la ley".

La comisión autora del proyecto de reformas al Código Civil, al proponer la reforma al artículo 978, dió las siguientes razones:

"El Código define el testamento diciendo que "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".

"La frase "más o menos solemne" empleado en esta definición, carece de sentido, porque no hay ningún término de comparación -expreso ni tácito al cual se refieren los adverbios más y menos: si con ella se ha querido significar que para unos testamentos se

El testamento se ajunta al concepto de acto jurídico, el cual es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica. El testamento es un acto jurídico porque es expresión o declaración de voluntad dirigida a producir efectos de derecho (la transmisión del patrimonio), por lo que se distingue de los hechos jurídicos en los cuales no interviene la voluntad humana como la muerte, la accesión etc.. Ahora bien, ¿qué tipo de acto jurídico es el testamento?. Dentro de las clasificaciones de los actos jurídicos podemos ubicarlo como acto jurídico unilateral y como acto por causa de muerte. Es unilateral porque en él se contiene la declaración de voluntad de una sola persona, el testador, o sea que para la formación del acto solo interviene una voluntad; es un acto por causa de muerte mortis causa, porque se requiere de la muerte de su autor para producir plenos efectos, ya que mientras su autor vive puede modificarlos o revocarlos -- cuantas veces quiera, hasta el momento mismo del fallecimiento.

El acto jurídico debe ser la expresión esclarecida y libre de la voluntad de su autor, además de que se requiere del discernimiento, la intención y la libertad. El testamento, como acto jurídico que es, debe satisfacer los requisitos enumerados, pero también de su naturaleza especial surgen maticos diferenciales, respecto de la generalidad de los demás actos jurídicos. Tales maticos los analizaré más adelante y son lo que constituye los caracteres jurídicos propios del testamento.

Pero no se ha aceptado a veces, que el testamento sea un acto jurídico unilateral. Demogue sostiene que es un acto por el cual se ofrece el todo o parte de los bienes a los instituidos como herederos o legatarios. Ofrecimiento que se torna irrevocable por la muerte del testador y que se perfecciona como acto jurídico bilateral con la aceptación del instituido; es por tanto, para Demogue, una oferta post mortem.

La vigencia de una disposición testamentaria no depende de la aceptación, sino del fallecimiento del causante. Desde que ocurre la muerte del testador ha nacido un llamamiento a recoger la asignación independientemente de la voluntad del instituido, que éste puede consolidar con su aceptación, o que se extinguirá con la renuncia o el transcurso del tiempo. Tiene la misma vigencia de todo otro acto jurídico unilateral, que no logra penetrar en la esfera jurídica de los demás, creando relaciones jurídicas, si éstos lo repelen.

Se ha dicho que el testamento es un proyecto, y aún es más impropio decir que no existe en principio un acto jurídico mortis causa. El testamento es en sí la ejecución de un acto jurídico, puesta que para que valga no se necesita de un nuevo acto del testador. Es un acto perfecto que subsiste mientras no sea revocado, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde su otorgamiento hasta la muerte del testador excepto en el caso de que sea un testamento privilegiado, pues éstos caducan después de cierto tiempo de haber sido otorgado a que cese el motivo por el que se otorgó. La validez formal del testamento está sujeta a la ley del momento en que se otorgó y no a la del tiempo de su ejecución, lo cual demuestra que no es hasta ese momento un simple proyecto.

Tampoco puede aceptarse, como lo hace Küppen, que el testamento es un solo elemento de un acto o negocio jurídico, el cual se completa solo con la muerte del testador; por el contrario, el testamento es un negocio jurídico completo desde el momento que se hace con las solemnidades legales, y que produce desde aquel momento un importante efecto jurídico,

Única forma que origina una transmisión universal por acto jurídico: se extingue la capacidad de goce de la persona, lo cual no puede suceder en el caso de una donación universal, y su patrimonio potencial deja de tener posibilidades de realización.

El supuesto jurídico es también diferente en el testamento y en el contrato; en el testamento lo constituye la muerte del testador; en el contrato es el acuerdo de voluntades.

Por otra parte, ambos actos jurídicos tienen aspectos que les son comunes: así, testamento y contrato son fuentes de derechos reales y personales. El testamento como fuente de derechos personales no ha sido considerado en forma amplia: ha sido olvidado, y sin embargo es tan importante como las fuentes que clásicamente enumera el Derecho romano y luego reconoció el Código de Napoleón. En la institución del legado, el testamento es una fuente de obligaciones personales: por virtud del legado el legatario se convierte en acreedor de una cosa o de un hecho.

Testamento y contrato tienen de común que originan la transmisión de derechos reales. El contrato es la forma tipo que da origen a la transmisión de los derechos reales. Los derechos reales que pueden transmitirse por testamento son: el dominio, las servidumbres, los derechos de autor, las garantías reales etc.

En conclusión, el testamento es, desde el punto de vista jurídico, un negocio unilateral, personal y autónomo, en el cual la voluntad expresada no produce efectos hasta después de la muerte del testador, y tiene como notas distintivas las siguientes:

1o.- El testamento no crea ningún vínculo de parentesco entre el testador y el instituido, salvo que éste sea reconocido como hijo natural por el testador.

2o.- El testamento no da al asignatario ningún derecho actual de propiedad o de copropiedad sobre los bienes, únicamente concede una expectativa, o sea un derecho subordinado a la condición suspensiva de la muerte del testador.

3o.- El testamento es un acto autónomo; es decir, que el testador no necesita de autorización de persona alguna para realizar el acto ni para revocarlo.-

IV.- CARACTERES JURIDICOS DEL TESTAMENTO

Nuestro Código Civil al definir el testamento en artículo 996 no hace una relación completa de los caracteres jurídicos que configuran el acto testamentario, se limita la definición a enumerar unos pocos y deja a disposiciones subsiguientes que la completan. En la legislación salvadoreña el testamento tiene los siguientes caracteres: 1o. Es un acto de una sola persona, 2o.- Es un acto personalísimo, 3o.- Es un acto que tiene por objeto principal disponer de bienes, 4o.- Es un acto mortis causa, 5o.- Es un acto esencialmente revocable y, 6o.- Es un acto solemne.-

PRIMERA: El testamento es un acto de una sola persona.

El testamento es la manifestación de voluntad de una sola persona, en él no pueden constar declaraciones de voluntad de otras personas extrañas al testador para unir las sustancialmente con aquella. Es el testamento, el acto ordenador de un solo sujeto, no de dos o de varios.

En nuestra legislación el carácter personal del testamento está reconocido por el artículo 1000 C. que dice:

""""Art. 1000.- El testamento es un acto de una sola persona.-

Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona"""".-

El sentido de la disposición legal, aplicable a todas las formas de testamento, es que un solo acto testamentario no puede contener la expresión de la voluntad de varias personas. Es preciso que las disposiciones establecidas en él emanen de una voluntad única, de manera que ninguna otra persona puede poner obstáculos a esa voluntad el día que quiera el -- testador ejercitar el derecho de revocación del testamento. Lo que la ley quiere evitar es la concurrencia de varias voluntades al otorgamiento del acto, pues de darse tal situación el testamento tomaría carácter contractual, con lo que dejaría de ser revocable.

La prohibición de la disposición no alcanza a aquellos casos en que existen dos testamentos hechos en beneficio recíproco de los otorgantes, sino a los casos en que en un mismo acto encuentran reunidos y expresadas las disposiciones testamentarias de dos o más personas.

¿Qué sucedería si en un testamento constare la aceptación de un legatario, y, además, el compromiso de ejecutar fielmente las cargas impuestas por el testador?, ¿sería nulo el testamento en el que por reconocer -- como hijo natural el testador a una persona, ésta compareciera al otorgamiento aceptando tal reconocimiento? Entre nosotros esos testamentos serían absolutamente nulos, pues tal punto ya ha sido resuelto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales superiores sentando la siguiente doctrina:

""""El testamento es un acto de una sola persona. El inciso 2o. del Art. 1000 C., no es una limitación, sino una consecuencia -- del lo. No tiene validez un testamento en que ha intervenido otra persona a más del testador aceptando una hipoteca constituida por éste. En el auto en que se declara sin lugar la aceptación de la herencia no es procedente imponer multa al cartulario que autorizó el testamento."""" (R.J. Julio 1910. Pág. 313)

""""La escritura en que una persona reconoce a unos hijos y declara deberles a mutuo sin interés cierta cantidad, que les será pagada quince días después de su muerte, aceptando ambas cosas -- los hijos, no es testamento ni donación. Esa escritura contiene dos actos de naturaleza distinta: el reconocimiento y un contrato mutuario a plazo y con día cierto y determinado. El testamento y la donación son actos de una sola persona. El hecho de haber intervenido tres testigos en el otorgamiento de la escritura no hace variar su naturaleza jurídica. La acción para el cobro -- puede dirigirse contra todos los herederos del deudor, aunque se haya formado hijuela para el pago de deudas, o solamente contra el heredero a quien éste fue adjudicado, si la deuda reclamada -- se tomó en cuenta al formarse dicha hijuela."""" (R. J. Abril -- de 1906, Pág. 488).-

El inciso 2o. del artículo 1000 C. contiene una disposición de -- orden público, puesto que declara nulos aquellos testamentos otorgados por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona. Consecuencia de la disposición citada es el hecho de que en nuestro país los testamentos mancomunados son nulos por haber una prohibición para su otorgamiento. Un punto --

que trataré en otra parte de este trabajo es, si es válido en El Salvador el testamento mancomunado otorgado en país extranjero, cuando las leyes de ese país permiten su otorgamiento.

El testamento mancomunado llamado también de conjunto o de mancomun, es el otorgado por dos personas en un solo acto o instrumento comprensivo de la última voluntad de ambos acerca de la disposición de sus bienes para después de su muerte, que toma el sobrenombre de mutuo cuando contiene instituciones recíprocas a favor de cada una de ellas, pero que su título de mancomunado se funda en su simple otorgamiento en común, aunque no hubiera instituciones recíprocas.

En el Derecho romano de los primeros tiempos se reconoció el carácter personal del testamento, estando, en consecuencia, prohibido los testamentos mancomunados. Al transcurrir el tiempo, y con motivo de un testamento otorgado por dos soldados hermanos, Diocleciano admitió la forma mancomunada en el testamento militar, y Valentiniano III llegó a dictar en este sentido una disposición de alcance y contenido más general. Después de Valentiniano III se volvió al sistema antiguo de prohibición absoluta del testamento mancomunado.

El derecho germano concedió la oportunidad de otorgar testamentos mancomunados, aunque reducido solamente al otorgado por los cónyuges. En la antigua legislación española ha sido grande la influencia del Derecho germano, así vemos, que en algunos de los Derechos forales de ciertos países se aceptaron los testamentos mancomunados. La ley 9, tit. 6 del Libro tercero del Fuero Real pudo servir para engarzar el sistema dentro del margen de la interpretación, aunque, bien estudiada la citada ley, no parece que autorizaba a los cónyuges para verificar la hermandad de bienes en un solo acto testamentario otorgado en mancomún, el hecho es que en la práctica se introdujo esta clase de testamento, y que muchos tratadistas la han considerado autorizada por la citada ley. La práctica española de tales testamentos fue muy corriente, extendiéndose no sólo al supuesto de los testamentos germánicos entre cónyuges, sino también al de los prometidos en matrimonio, a los padres con sus hijos y, en ocasiones, a los otorgados entre hermanos.

La prohibición de los testamentos mancomunados, en la mayoría de las legislaciones modernas, tiene su origen en una Ordenanza francesa de 1735 sobre los testamentos. El Código de Napoleón volvió aún más rigurosa la prohibición contenida en la expresada Ordenanza, ya que ésta admitía como excepción el caso de los testamentos particiones hechos por los ascendientes. Troplong dice que el motivo determinante para la supresión de los testamentos mancomunados es porque tal tipo de testamentos son actos formados por el concurso de muchas voluntades, en consecuencia, dichos testamentos no pueden ser revocados tampoco sin el concurso de todas ellas, lo que contraría la esencia de la disposición testamentaria que debe ser libre e independiente en principio.

SEGUNDA: El testamento es un acto personalísimo.-

El testamento es un acto jurídico estrictamente personal, lo prescribe expresamente el artículo 1001 C. al decir:

""""Art. 1001.- La facultad de testar es indelegable. Así, no puede conferirse poder para testar.""""

Por lo tanto, el testamento no solo es la expresión de una sola voluntad, sino que también es un acto personalísimo en el sentido de que debe ser otorgado de conformidad a las formas permitidas por la ley por el testador en persona, en consecuencia la testamentifacción es indelegable.-

La indelegabilidad supone que la voluntad testamentaria debe provenir directa e inmediatamente de la misma persona del testador. El testamento no puede ser otorgado por medio de representante sea voluntario o legal. Tampoco se permite que pueda recurrirse a un mandatario, aún cuando a la simple transmisión de la voluntad, y no asuma la figura jurídica del representante.

Por medio del carácter personalísimo se desea asegurar que el testamento sea la expresión auténtica de la voluntad del causante; se quiere evitar que el representante traicione el pensamiento de aquél y disponga de sus bienes de una manera distinta a la que era su voluntad, cosa tanto más fácil cuanto que habiendo muerto el mandante, será prácticamente imposible probar que se ha desviado del mandato y responsabilizarlo por las consecuencias de su culpa o dolo.

El Derecho romano que admitía la figura de la representación de una persona por otra (mandato) no admitió nunca que una persona pudiera testar por otra, porque el testamento romano era un acto personalísimo que no debía depender de otro arbitrio que el del testador. Ulpiano decía -- que los antiguos estaban unánimemente de acuerdo en que los derechos creados por los testamentos, convenían de que fuesen firmas de por sí y -- que no dependiesen de otro arbitrio.

El testamento por comisario, conocido en el antiguo derecho español, era una aplicación de la doctrina del mandato. Se definía ese tipo de -- testamento como el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra (comitente) en virtud de poder que al efecto ésta la confería.

El mandatario o comisario podía tener mayor o menor amplitud en sus atribuciones. El Fuero Real que introdujo en la antigua legislación española la referida clase de testamento, representó el criterio de absoluta confianza; las Leyes de Toro, que regularon detenidamente la institución, encarnaron el criterio de restricción, hasta el punto de hacer inútil el nombramiento de comisario, y convertirlo en un mero ejecutor de lo dispuesto en la ley, si el mandato no era especial.

No admite el testamento por comisario el Código civil español, pues se separa de los antecedentes anteriores a la codificación para afirmar el carácter personalísimo del testamento, añadiendo a modo de explicación, que no podrá dejarse la formación del acto testamentario, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario, ni tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatario, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente. (Art. 670 C.C. español).-

Otra de las notas que caracterizan al testamento como acto personalísimo es la supresión de las sustituciones pupilar y ejemplar, al decir el inciso primero del artículo 1133 de nuestro Código Civil "La sustitución vulgar es la única permitida". Las sustituciones pupilar y ejemplar son de origen romano, de donde pasaron al antiguo derecho español y se conservan aún en el Código Civil Español.

La sustitución pupilar es el nombramiento hecho por el padre, la madre u otro ascendiente, de un heredero para que suceda a su descendiente impúber en caso de que entre en la herencia y muera antes de llegar a la pubertad. Era en Roma como el testamento del hijo hecho por el padre, y fue introduciéndose en las costumbres hasta que se admitió en tiempo de la república. Su fundamento en el Derecho romano era la patria potestad, ya que era ley lo que consignaba el padre en su testamento, y su finalidad era prevenir el que muriera intestado el hijo, y evitar las ascchanzas contra la vida del impúber. En el Código español, la sustitución pu-

pilar no tiene como fundamento la patria potestad, ya que permite sustituir pupilarmente a cualquier ascendiente.

La sustitución ejemplar, llamada en Roma cuasi pupilar, porque fue hecha a semejanza de la pupilar, es el testamento hecho por un ascendiente loco muriera dentro del estado de locura. La sustitución ejemplar ha sido considerada como el testamento del incapaz.

Ambos tipos de sustitución no son otra cosa que el testamento hecho por una persona a nombre y en lugar de otra impedida de testar sea en razón de su incapacidad de su menor edad o de un defecto intelectual momentáneo o perpetuo, haciéndose por eso extensiva por los intérpretes la sustitución ejemplar a los mudos y sordos que no saben leer ni escribir y a los pródigos. En consecuencia, dichas sustituciones son una institución de heredero condicional, consistiendo dicha condición en que, el impúber fallezca antes de llegar a la pubertad en la sustitución pupilar, y en que el loco fallezca sin haber recobrado la razón en la sustitución ejemplar.-

TERCERO: El testamento es un acto que tiene por objeto principal disponer de bienes.-

Al analizar la definición de testamento que da el Código civil observamos el contenido eminentemente patrimonial de dicha institución dado que es una declaración que hace una persona de su última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes ... etc. Sin embargo, si bien es cierto que el testamento es un negocio jurídico de eminentemente contenido patrimonial, puede contener disposiciones de carácter extrapatrimonial, tales como el reconocimiento de hijo natural, el nombramiento de tutores o curadores, el nombramiento de partidor etc., pero lo que constituyen la sustancia típica del acto testamentario son las disposiciones relativas a los bienes del testador.

Esta característica del testamento no siempre ha sido reconocida a través de la historia; así vemos que el testamento romano, tenía en un principio, como objetivo fundamental la institución de heredero, siendo hasta en la ley de las XII Tablas donde aparece la facultad de hacer disposiciones de tipo patrimonial. Pero hay que tener en cuenta que si bien se permitió en Roma el hacer disposiciones del tipo patrimonial, la institución del heredero era indispensable para la validez del testamento, ya que de no existir el testamento adolecía de nulidad.

En el derecho germánico y en el derecho consuetudinario francés modificaron tal situación y a partir de entonces se ha acentuado el carácter patrimonial del testamento. El Código de Napoleón definió el testamento como un acto por el cual el testador dispone para el tiempo en que ya no exista, DEL TODO O PARTE DE SUS BIENES. Ello explica que algunos de sus eminentes comentaristas sostuvieron que es esencial la disposición de bienes para que exista testamento. No tardó en elaborarse una doctrina menos rígida, que considerando al testamento como un acto principalmente patrimonial lo reputó idóneo para contener disposiciones que indirectamente afectan la herencia, o que aún son extrañas a la disposición de bienes. -- Nuestro legislador adoptó tal doctrina al reformarse el concepto de testamento en el año de 1902, y recordemos que la comisión reformadora dió como motivos para la susodicha reforma que el testamento puede también contener otra clase de disposiciones que muchas veces no tienen contenido patrimonial, y que si la declaración de última voluntad de una persona se redujera a hacer tales disposiciones sin decir nada de sus bienes, no por eso dejaría de ser testamento.

Pero las disposiciones extrapatrimoniales no constituyen el fin pri-

mordial del testamento, ya que éste es en sentido substancial un acto de disposición de bienes, y un testamento que solo contuviera disposiciones de tipo extrapatrimonial lo sería formalmente no materialmente.

Los problemas que surgen del carácter patrimonial del testamento son los siguientes: a) si el testamento solo contiene una disposición parcial de bienes y b) si el testador puede disponer de bienes que no integran su patrimonio. Con respecto al primer problema puede decirse que no es necesario que el testador disponga de la totalidad de su patrimonio, pues de ocurrir tal circunstancia tendremos el caso de una sucesión parte testada y parte intestada. Muchas legislaciones al definir el testamento dicen que es el acto por el cual una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes; ahora bien, cuál es el sentido que debe darse a la frase "del todo o de una parte de sus bienes". Se puede explicar dicha frase de dos maneras, y ambas son correctas; en un sentido quiere decir que el testador dispone de la totalidad de su patrimonio cuando no tiene asignaciones forzosas que cumplir, y que dispone de una parte de sus bienes, cuando existen herederos forzosos y por ello el testador no dispone del todo, pues tiene que respetar las legítimas. El otro sentido en que puede explicarse la frase de todo o de parte de sus bienes, que el testador voluntariamente no dispuso de la totalidad de su patrimonio o de la porción de libre disposición, en tal caso sobre los bienes de que el testador no dispuso se abre la sucesión intestada, pues la sucesión parte testada y parte intestada está reconocida por todas las legislaciones.

Con respecto al segundo problema, o sea si puede el testador disponer de bienes que integran su patrimonio, diré que, en principio, el testamento en sentido substancial supone un acto de disposición de bienes que integran únicamente el patrimonio del testador. Pero en nuestra legislación en el artículo 1086 C. se admite el legado de cosa ajena; también el artículo 1085 C. prescribe que el testador puede ordenar que se adquiere una especie ajena para darla a alguna persona o para emplearla en un fin de beneficencia; el artículo 1091 dice que el legado de cosa futura vale, con tal que llegue a existir, etc. En los casos planteados propiamente no se dispone de cosas ajenas, sino que en realidad se impone al heredero la obligación de adquirir, con bienes de la sucesión, esas cosas ajenas, para que sean entregadas al legatario, por lo tanto, constituyen verdaderas obligaciones de hacer.

CUARTA: El testamento es un acto mortis causa.-

Muchos autores dicen que el testamento es un acto mortis causa por el hecho de que los efectos de dicho acto solo se producen a partir de la muerte del testador. Hay algo de razón en esa afirmación, sin embargo no es esa la verdadera razón que explique la naturaleza mortis causa del testamento. El profesor Puig Peña dice que el acto mortis causa se hace contemplatio mortis, o sea, teniendo en cuenta el fin de nuestro ser, ordenándose por tal motivo las disposiciones que queremos que se cumplan para cuando dejemos de existir.

Dice Puig Peña (12) que "la contemplatio mortis en el propio negocio testamentario es elemento esencial de tal forma que solo ese mismo hecho y nada más que éste se tiene en cuenta por el autor del acto para darle vida en el mundo de los negocios". Continúa diciendo dicho autor, "que en estos casos la muerte no solo es provista arbitrariamente como un evento cualquiera extraño a la estructura del negocio, sino que necesariamente representa un elemento característico de la misma causa que

(12) Puig Peña, Ob. citada Pág. 87.-

aquél". En consecuencia, el acto testamentario no puede decirse que solo produce sus efectos después de la muerte del testador, por el contrario produce ciertos efectos desde el momento mismo de su otorgamiento, así vemos que el reconocimiento de hijo natural contenido en un testamento produce efectos desde el momento del otorgamiento del acto, no es necesario esperar hasta la muerte de su autor para que dicho reconocimiento sea perfecto, puesto que si dicho reconocimiento no surtiera efectos desde el momento del otorgamiento del testamento, si se revocase el testamento que lo contiene, tal reconocimiento correría la misma suerte, lo cual no sucede así. Sin embargo, es hasta la muerte de su autor que el testamento produce todos sus efectos, o sea como dice Puig Peña que los efectos del testamento se comienzan a producir desde el momento de su otorgamiento, lo que pasa al ocurrir la muerte del testador es que dicho acto hasta en ese momento adquiere plena virtualidad jurídica, o sea, una absoluta y total eficacia y sobre todo su eficacia típica.

Otros autores dicen que por ser el testamento un acto mortis causa no es más que un proyecto el cual adquiere plena vigencia hasta el momento de la muerte de su autor. Tal criterio es totalmente inaceptable, por el contrario, el testamento es un acto jurídico perfecto desde el momento de su otorgamiento, lo que sucede es casi todos sus efectos, principalmente los de contenido patrimonial, se diferencian hasta el momento de la muerte. Además, si el testamento fuera un proyecto, no sería perfecto el reconocimiento de hijos naturales.

Conviene diferenciar los actos inter vivos del testamento que en nuestro derecho es el único acto mortis causa. Los actos inter vivos crean vínculos jurídicos entre las partes desde el momento de su otorgamiento, o sea, surten efectos entre las partes en vida de éstas; por el contrario, el acto mortis causa tiene plena eficacia jurídica hasta después de la muerte de su autor, por lo tanto, sus disposiciones no ligan al testador con los asignatarios, estos únicamente tienen una expectativa, pues el testador puede cambiar de voluntad, revocando el testamento. Mientras los actos inter vivos crean de inmediato una relación jurídica, las disposiciones del testamento no dan al beneficiado por el testamento ningún derecho actual que limite la actividad jurídica del disponente. No es el acto mortis causa un acto imperfecto, puesto que desde su otorgamiento reúne todas las condiciones exigidas por la ley para que tenga existencia jurídica y eficacia futura cuando muera su autor, mientras este no lo revoque. Por ello hay que distinguir entre la existencia del testamento, como acto jurídico, a partir del momento de su otorgamiento, y la existencia de sus disposiciones como fuente creadora de derechos, la que solo ocurre desde el fallecimiento del disponente.

El testamento se diferencia de la donación irrevocable; en primer lugar por la naturaleza contractual de ésta que resulta del concurso de voluntades entre donante y donatario, el testamento es acto unilateral que se perfecciona por la declaración de voluntad de una sola persona, el testador; en segundo lugar, la donación produce sus efectos desde el momento en que es aceptada por el donatario y es comunicada la aceptación al donante y otorga al beneficiario un derecho que su incorpora irrevocable a su patrimonio, en cambio, el testamento surte plenos efectos hasta después de la muerte del causante quien puede revocarlo mientras viva.

Por eso dice el artículo 997 C. que:

""""Toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento.""""

Una donación en que se entregue la cosa donada al donatario, pero --

que en ella se convenga que puede revocarla libremente, no sería una donación entre vivos, porque esencialmente la donación entre vivos lejos de admitir la revocabilidad consiste en la transferencia gratuita e irrevocable que el donante hace al donatario.

QUINTA: El Testamento es un acto revocable.-

La revocabilidad de los disposiciones testamentarias es un carácter esencial del testamento, a tal característica el testador no puede renunciar por ser de orden público. El testador no puede comprometerse con los asignatarios que instituye a no modificar, restringir o dejar sin efecto su declaración de voluntad.

La definición de testamento que da el Código no menciona el carácter revocable del testamento, como lo hacía la anterior definición, es el artículo 998 C. el que hace resaltar tal característica al decir:

""""Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

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

""""El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo.""""

Al decir la ley que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, adopta la máxima de Ulpiano que dice: "ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitas supremum exitum" (l.4.t. De adimentis legatis, lib. 34 del Digesto) y que constituye, no solo en nuestro orden jurídico sino que en la totalidad de legislaciones, un principio absoluto del Derecho Civil, y es que, desde que se otorga el testamento hasta el momento de la muerte, la persona tiene plena potestad decisoria sobre la ordenación de su patrimonio para después de su muerte y no hay poder que pueda destruirla ni aminorarla.

En el Derecho romano el principio de revocabilidad del testamento fue siempre aceptado, sin embargo tenía una sola excepción, así el testamento per aes et libram era irrevocable en la época en que se realizaba por una mancipatio hecha al heredero. A partir de los romanos ha sido reconocido el principio de la revocabilidad del testamento, pero en ciertas épocas de la historia han existido limitaciones al principio de la revocabilidad de los testamentos las cuales tienen su primer antecedente en las Partidas, con las cláusulas ad cautela.

La revocación testamentaria puede considerarse como la pérdida total o parcial de los efectos de un testamento, en virtud del cambio de voluntad del testador, manifestado en la forma que el Derecho determina. La revocación de los testamentos puede ser: total o parcial, ó expresa o tácita, pero de las formas de revocación hablaré cuando trate tal punto más adelante.

Cuando dice la ley "Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento", quiere indicar que las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento", además indica que las cláusulas que manifiestan la intención del testa-

dor de revocar cualquier testamento futuro pugnan con el principio de la revocabilidad testamentaria. No se acepta que con una cláusula de tal naturaleza puedan hacerse irrevocables disposiciones testamentarias que -- han dejado de tener la aceptación del testador y no constituyen, por con siguiente, su última voluntad.

Se acostumbra en el antiguo derecho español, dada la influencia del sentimiento religioso que caracterizaba el medio social, dar mayor consistencia y valor a las declaraciones testamentarias confirmándolas por medio del juramento, poniendo a Dios por testigo del compromiso de mantener la actual disposición derogando cualquier testamento futuro; ello se consideraba así, porque se opinaba que todo testamento posterior lesionaba los derechos de los asignatarios ya instituidos. Pero tal criterio es erróneo puesto que el testamento es una mera declaración de voluntad mor tis causa, en consecuencia el testador no contrae obligaciones con los asignatarios ni les confiere ningún derecho, sino hasta la muerte de su autor. Se hace alusión a la confirmación con juramento, en la disposición aludida, por la práctica común existente en las leyes anteriores a la Codificación. Al decir la disposición legal "se tendrán por no escritas", nos indica que dichas cláusulas, cuando están contenidas en un testamento no son nulas, sino que son inexistentes, puesto que no se requiere de la declaratoria de nulidad para destruir su eficacia, simplemente se considera como si dicha cláusula no se hubiera consignado en absoluto en el testamento.

El inciso segundo del artículo 998 al decir: "Si en un testamento anterior se hubiera ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita" de manera clara señala que en nuestra legislación no se aceptan las famosas cláusulas llamadas "ad cautelam".

Las cláusulas ad cautelam tenían como fin estorbar anticipadamente la acción derogatoria de un testamento posterior sobre uno precedente, - cuya integridad se quería conservar fuera del influjo del principio general de la revocabilidad de los testamento. Con las cláusulas ad cautelam se quería asegurar la libertad de testar, pues con ellas el testador trataba de evitar que su declaración de voluntad contenida en el testamento se volviera ineficaz por verse forzado por presiones o seducciones de -- otras personas a testar como ellos quisieran, consecuentemente revocando el testamento anterior. Sánchez Román señala el siguiente ejemplo de cláusula ad cautelam: "Es mi última voluntad la expresada en este testamento, y, como tal quiero que se cumpla y que no se modifique por cualquier testamento posterior que por mi aparezca otorgado, a no ser que especialmente derogue éste, lo cual no se entenderá mientras no contenga cláusula especial derogatoria del mismo, que empiece con las palabras, "válgame Dios". Dice el mismo autor que como esta contraseña o loma, y otro -- análogo, no era conocido más que del testador en el testamento cerrado, y del notario y de los testigos en el abierto, que para este caso de cautela es de suponer fueran elegidas personas de toda la confianza del mismo, él quedaba árbitro siempre para revocar ese testamento empleando la fórmula establecida, o podía impunemente otorgar cualquiera posterior, - en la seguridad de que no era eficaz y pudiendo sustraerse a influjos de coacción que violentaran su voluntad en momentos críticos y cuya resistencia podría ser causa contraria a su tranquilidad o susceptible de -- otros temores por él previstos". (13)

El principio de la revocabilidad de un testamento tiene dos excepciones: la primera está contenida en el inciso final del artículo 998 C.

(13) Sánchez Román; Ob. citada, Tomo VI, Vol. I. Pág. 313.-

que consiste en el reconocimiento de hijos ilegítimos contenidos en el -- testamento; la segunda está contenida en el inciso segundo del artículo - 1143 C., que prescribe que la revocación que se hiciera en un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene y subsistirá el - anterior.

Al artículo 998 por ley de 4 de agosto de 1902 se le adicionó un inciso, el cual dice "El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su - fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo". La Comisión autora del proyecto de reforma, para la adición del inciso referido dió - las siguientes razones:

"Se discute mucho sobre sí, según la disposición del artículo 1034 (esa era su numeración en la edición de Códigos de 1893), debe enten - derse subsistente el reconocimiento de un hijo natural después de re - vocado el testamento en que se ha hecho. La Comisión cree que tal -- cuestión debe resolverse por el legislador en sentido afirmativo, -- pues el reconocimiento no debe ser un beneficio del padre como esta - ba establecido, sino una obligación, y una vez que consta de un modo auténtico el estado civil del hijo, no debe privársele de él por la simple voluntad del padre".-

No dice la disposición legal si el reconocimiento de hijos naturales subsiste cuando tal reconocimiento es hecho en un testamento privilegiado y éste caduca. En mi opinión dicho reconocimiento no pierde sus efectos - por la caducidad del testamento que lo contiene, porque el reconocimiento de hijo natural surte efecto desde el momento del otorgamiento del acto - testamentario, además con las mismas razones que dió la Comisión de 1902 al adicionar el inciso referido se puede sostener la eficacia del recono - cimiento en cuestión.-

SEXTA: El Testamento es un acto solemne.-

Es indispensable el cumplimiento de las formas prescritas por la -- ley para el otorgamiento del testamento, dichas formalidades no pueden - faltar, sustituirse, modificarse, ni dispensarse sin que desaparezca la - entidad jurídica a que da lugar el testamento, so pena de nulidad; en tal sentido se entiende que el testamento es un acto solemne.

La definición contenida en nuestro código al decir que el testamento es una declaración que, con las solemnidades que la ley establece, hace - una persona, está reconociendo que las solemnidades externas prescri - tas para tal acto son de estricto derecho, o sea, que son condiciones sine quonon de eficacia y validez del acto testam~~ent~~ario. La formalidades - de que deben estar revestidos los actos testamentarios no son considera-- das en nuestro orden jurídico como solemnidades ad probationem, sino como solemnidades quoad substantiam, y ello se debe a que tienen por objeto -- dar a la voluntad del testador todas las garantías de certeza, además el cumplimiento de las formalidades contribuye a salvaguardar, en lo posible, la espontaneidad de la declaración de voluntad, así como su seriedad y pon - deración. Por ello, el cumplimiento de las formalidades señaladas por la ley, llama la atención del otorgante sobre la trascendencia del acto que va a realizar. Conviene destacar que la observancia de las formas señala - das por la ley es el mejor medio de prueba de la declaración de voluntad de su autor, puesto que no puede olvidarse que es hasta después de la --- muerte del testador cuando adquieren eficacia sus disposiciones y todo -- juicio que se promueve sobre la validez del acto, será cuando el disponen - te ya no existe.

La observancia de las formalidades establecidas por la ley debe ser total para que el testamento sea válido, así, si no se han observado todas se produce el derrumbamiento total del acto testamentario, pues éste, en cuanto a su forma, es indivisible y no podría ser en parte nulo y en parte válido.

El carácter solemne que la ley confiere al testamento ha tenido como consecuencia la supresión de las memorias testamentarias en nuestra legislación hecha por el artículo 999 C. al decir:

""""Los documentos, libros y papeles a que se refiere el testador en el testamento, no se miraran como partes de éste, aunque el testador lo ordene; ni valdrán más de lo que sin esta circunstancia valdrían"""".-

El artículo transcrito antes de la reforma de 1902 decía "las Cédulas o papeles a que se refiere el testador.... etc.", pero se modificó -- cambiando la palabra "cédulas" por "documentos" y se le agregó "libros", tal como aparece actualmente. El motivo de la reforma por lo que dice la Comisión en su exposición, así: "La sustitución hecha en este artículo en nada altera su fondo. Como en el antiguo derecho español se podía reformar un testamento por medio de Cédulas, las cuales no se reconocen en el derecho moderno, la Comisión ha juzgado más correcto, que en el artículo citado se diga: "los documentos, libros, etc.", en lugar de "las cédulas, etc.".-

La memoria testamentaria, dice Escribano, es el escrito simple a que se remite el testador como parte de su testamento, además dice, en ella puede declararse el nombre del heredero instituido en el testamento, y ponerse así mismo condiciones y gravámenes que se anunciaron pero que no se expresaron en el testamento.

No se permite en nuestra legislación dejar al testador la facultad de completar o modificar su testamento por medio de apuntes contenidos en documentos, libros y papeles, aunque el testador se hubiere reservado la facultad de hacerlo para que se consideraran partes de su declaración de última voluntad, puesto que de permitirse tal facultad se rompería con el principio de la unidad del testamento, y además, ello implicaría la existencia de una declaración de última voluntad hecha sin las solemnidades prescritas por la ley.

Al decir la ley que los documentos, libros y papeles a que se refiere el testador en el testamento, no se mirarán como parte de éste -- indicando que las memorias testamentarias no forman parte integrante del testamento, pues es en éste donde deben estar contenidas todas las disposiciones del testador las que deben siempre estar revestidas de solemnidades. Cuando dice el artículo 999 C. ni valdrán más que lo que sin esta -- circunstancia valdrían, nos está indicando que las memorias testamentarias no tienen otro valor que el que a su naturaleza corresponde, porque la orden dada por el testador de que tales libros, documentos y papeles se cumplan como partes integrantes de su testamento, no les da otro valor que no tengan en si mismos y en caso alguno el de ser estimados partes integrantes de su testamento.

CAPITULO TERCERO

REQUISITOS DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO

I.- CAPACIDAD DEL TESTADOR

El hombre, como ser dotado de libertad, es sujeto de derecho, lo que ha hecho definir la persona en el terreno jurídico como todo ser capaz de derechos y obligaciones. La facultad intrínseca al hombre que le convierte en sujeto de Derecho se llama capacidad jurídica; corresponde a todos los hombres por el solo hecho de serlo, por ello se confunde con la personalidad.

Otra cosa es la aptitud para ejercitar los derechos para obrar con eficacia jurídica, y que por ello se llama capacidad de obrar. Esta presupone la existencia en la persona de cualidades que determinan su voluntad libre y consciente. Exige, en consecuencia, ciertas condiciones de madurez psíquica (una edad mínima) y de salud mental, cuya ausencia determina la restricción de la capacidad; la prohibición o la limitación en el obrar con eficacia jurídica.

La habilidad para disponer de los bienes por causa de muerte recibe el nombre de testamentifacción. Esta expresión corresponde propiamente a la facultad de testar, sin embargo los tratadistas la aplican también a la habilidad para adquirir bienes por sucesión hereditaria. Distinguen la testamentifacción activa de que goza el que tiene habilidad para disponer de sus bienes por testamento; y la testamentifacción pasiva de que goza el que tiene la habilidad necesaria para adquirir por sucesión mortis causa. Nuestro Código Civil se ocupa de la testamentifacción activa en los artículos 1002 y 1003; en el primero se ocupa de la capacidad para hacer testamento al decir:

No son hábiles para testar:

- 1o.- El impúber
- 2o.- El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia.
- 3o.- El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa.
- 4o.- Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.-

Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar".

De acuerdo con la letra y espíritu de la ley, la capacidad para testar se considera la regla, no la excepción, es decir, establece la habilidad en general de todas las personas que tienen capacidad absoluta o relativa para los actos jurídicos y que no se hallan comprendidas en la enumeración que hace la disposición legal de las que no tienen testamentifacción activa. En la determinación de la capacidad y consiguientes incapacidades pueden seguirse dos sistemas: o el antiguo, que se dejaba influir de consideraciones extrañas al testamento mismo (nacionalidad, religión, pena, etc.), o el moderno, más simple y racional, que solo tiene en cuenta la naturaleza del testamento. Y como éste es expresión de voluntad, y no de una voluntad cualquiera, sino la racional tenida con discernimiento y libertad, no requiere más que estas dos condiciones: 1a.- querer (con discernimiento y libertad); 2a.- poder expresar el querer; de aquí que los obstáculos serios a la testamentifacción solo podrán venir, o de no tener aquella voluntad, o de no poderla expresar adecuadamente.

Los romanos no hicieron una generalización en cuanto a la capacidad para los actos jurídicos, como lo hace el derecho moderno, por el contrario, a cada acto jurídico típico le dieron un régimen propio. Llamaron -

testamentifacción la aptitud para otorgar testamento, para recibir por testamento, o ser nombrado tutor, o intervenir como testigo en ese acto. Para que existiera la testamentifacción activa era necesario que la capacidad estuviera reconocida por la ley, porque con ella se trataba de modificar la ley misma que establecía la sucesión intestada. Así vemos, -- que tratándose de la capacidad para testar, distinguían; la incapacidad de derecho y la incapacidad de hecho.

Eran incapaces de derecho: 1o.- los esclavos, porque no eran considerados personas; 2o.- los hijos de familia, a menos de que se tratase de su peculio castrense o cussi castrense; 3o.- los herejes y los epóstatas; 4o.- los condenados a pena capital; 5o.- los autores de libelos infamatorios; 6o.- los cautivos del enemigo; 7o.- los extranjeros.

De estos incapaces sólo los cautivos del enemigo merecen examinarse, porque los romanos establecieron en su favor dos excepciones: la ficción de la ley Cornelia y el derecho de posliminium.

Eran considerados incapaces de hecho aquellos que no podían manifestar claramente su voluntad de palabra o por escrito, tales como: 1o. los sordomudos que no pueden darse o entender por escrito; 2o. los impúberos, porque no pueden tener voluntad; 3o. los dementes y los furiosos, a menos que procedan en un intervalo lúcido; 4o. los disipadores, y, en general, todos los sometidos a curaduría, que no podían proceder ni aún en los momentos lúcidos porque desde el momento de declararse la incapacidad se les nombraba curador; en consecuencia, eran incapaces.

El ciego podía testar, siempre que concurriera un octavo testigo.

La capacidad de hecho era preciso que existiera en el momento de otorgarse el testamento únicamente. No importaba que una persona después de haber hecho testamento se volviera loca, demente, interdicta, etc.-

En el antiguo derecho francés hay que distinguir entre los países de derecho escrito, que adoptaron el sistema del derecho romano justinianeo, y los países de Costumbres. Interesa fundamentalmente examinar el derecho de estos últimos.

En los países de Costumbres el derecho de testar no estaba generalizado para todas las personas. Así vemos que las costumbres de París y de Orleans establecieron una capacidad dependiente del estado civil de las personas, y otra dependiente de la aptitud natural de la persona. Por razones de su estado civil no podían testar los extranjeros, los religiosos y los condenados a la pena de muerte natural o civil. En relación a la aptitud natural, no podían testar los menores, no estando de acuerdo los países de Costumbres respecto de la edad en que se adquiría la capacidad testamentaria.

Para tener aptitud natural se requería ser "sano de entendimiento" y se consideraban que no lo eran, además de los locos, los pródigos interdictos y los mudos que no supieran escribir. Además se admitían numerosas causas de invalidez, que tenían su fundamento en vicios de la voluntad; los testamentos podían anularse por error, sugestión, captación, o por haberse otorgado ab-irato, poenae causa, denotani causa, puro capricho, persiguiendo un fin contrario a la ley o a las buenas costumbres.

El Código de Napoleón armonizó las legislaciones existentes tanto en los países de costumbres como en los países de derecho escrito, así vemos que conservó la incapacidad del extranjero, pues se le privaba de disponer por testamento de los inmuebles situados en Francia, incapacidad que fue suprimida por ley de 14 de julio de 1819 al equiparse los extranjeros a los franceses en cuanto al derecho de recibir y disponer por testamento. También se conservó la incapacidad del muerto civil, que también fue suprimida, por ley del 31 de mayo de 1854. Lo que si ha conser-

vado el Código francés de la incapacidad derivada de ciertas condenas penales. En cuanto a la incapacidad de los ordenados in sacris, fue suprimida el 24 de mayo de 1825.

El Código Civil salvadoreño estableció en primer término, de un modo general las incapacidades para testar, y no en forma especial a cada clase de testamento; pero al examinar las distintas clases de ellos alude a incapacidades especiales. Sin embargo, hay un caso en que una suma de incapacidades especiales constituye una incapacidad general; es el caso -- del sordomudo que no sepa leer ni escribir, el cual no puede hacer ninguna clase de testamento.

El primer caso de incapacidad que dá el artículo 1002 se refiere al impúber, o sea, es una incapacidad por razón de la edad considerándose -- consecuentemente que el impúber es inhábil para testar por su falta de suficiente discernimiento.

N.º 1.º La incapacidad por razón de la edad tiene su precedente en el Derecho Romano y las antiguas legislaciones españolas. En Roma, el hijo de familia era incapaz para testar porque carecía de patrimonio, ya que todo lo que adquiría pertenecía en propiedad al pater familias, de modo -- que ni con autorización de éste podía hacer testamento; entre los romanos el testamento del hijo de familia lo hacía el padre por medio de la sustitución pupilar. Más tarde, los emperadores Augusto Nerva y Trajano concedieron autorización a los militares, aunque estuvieran sometidos a patria potestad, para disponer por testamento de su peculio castrense. -- Al establecerse el peculio cuasi castrense, constituido por los bienes -- adquiridos en el ejercicio de funciones Públicas, de la Corte o de la -- Iglesia, se permitió a los titulares de dicho peculio, aunque estuvieran sometidos a patria potestad, la facultad de disponer de él por medio de testamento. Ahora bien, solo podían disponer de dichos peculios sus titulares si habían llorado a la pubertad, ya que los impúberes aunque hubieran contraído matrimonio no poseían testamentifacción activa, ni siquiera para disponer de los bienes que constituían su peculio adventicio, porque a pesar de que podían adquirir la propiedad de los bienes que formaban tal peculio, no les pertenecían exclusivamente pues el padre de familia tenía el usufructo de dichos bienes.

En el antiguo derecho español la regla general de capacidad para la testamentifacción activa en razón de la edad fue, según la ley 13, tit. 1 de la Partida sexta, la edad de catorce años para el hombre y de doce -- años para la mujer, inspirándose en la regla establecida en el Derecho -- romano en la ley 5a. tit. 1o., Lib. XXVIII del Digesto, principio que -- subsistió hasta el Proyecto de Código Civil español de 1851, sin otra excepción que la contenida en la ley 10, tit. 5o. Lib. II del Fuero Juzgo, que facultó al mayor de diez años de edad, de cualquier sexo, para testar en caso de enfermedad grave con peligro de muerte. Las leyes de Toro y las Recopilaciones, en armonía con el sistema iniciado por el Ordenamiento de Alcalá, berraron en el Derecho español anterior al Código las reminiscencias conservadas del derecho romano y otorgaron la capacidad -- para testar a los hijos de familia, aunque estuviesen sometidos a la patria potestad, sin limitar su aptitud a las excepciones de los peculios castrense y cuasi castrense.

Cabe preguntarse si al conceder la ley capacidad al impúber vulnera los principios que determinan la potestad paterna y establecen los derechos del padre de familia sobre los bienes del hijo que está sometido a tal potestad. Esa pregunta también puede hacerse con relación a lo prescrito por el artículo 270 C que dice: "El hijo de familia no necesita de la autorización paterna, para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte". Las disposiciones --

referidas no vulneran tales principios, porque los actos testamentarios surten plenos efectos después de la muerte de su autor, además tienen efecto cuando la patria potestad ya no exista, porque, muerto el hijo, el padre no tiene sobre quien ejercerla. Los derechos económicos derivados de la patria potestad tampoco se ven afectados, puesto que el hijo de familia al testar no está disponiendo en forma actual de sus bienes, sobre los cuales el titular de la patria potestad tiene el usufructo legal, si no que lo hace para cuando ya no exista.

También se pregunta porqué el Código se aparta de la regla general que establece la plena capacidad negociada a la edad de veintiún años, para fijar como inicio de la capacidad testamentaria desde que la persona es púber. La razón es que el testador no se obliga con nadie al hacer -- testamento, puede revocarlo cuando quiera, por lo tanto tal acto no perjudica los intereses del testador. Tampoco afecta el testamento los derechos de los acreedores ya que éstos tienen sobre el patrimonio del testador un derecho de prenda general que pueden hacer valer en la forma correspondiente. Por el contrario, los actos inter vivos si afectan de una manera actual a los otorgantes, pues sus efectos comienzan a surtir desde el momento en que se perfecciona el acto, ello trae como consecuencia que pueden perjudicar gravemente los intereses de los otorgantes. Por -- ello, la capacidad de obrar cuando se trata de actos inter vivos se exige que sea en una época en que la edad de quien los realiza sea mayor, puesto que entonces ya habrá alcanzado pleno desarrollo físico e intelectual.

Las legislaciones, aunque son unánimes al establecer la capacidad testamentaria a una edad más temprana que para los demás actos jurídicos, no son uniformes al establecer la edad en que se posca la testamentifaccción activa, así como también al conceder un tratamiento igual por razón del sexo.

La legislación española ha unificado la edad para ambos sexos fijándola en catorce años, porque, dice De Diego, la mayor precocidad de la mujer, fundamento de la diferencia, no tiene lugar en materia testamentaria, ya que esa precocidad se refiere a la generación y, por tanto, debe tener lugar solo en el matrimonio.

Establecen el límite de dieciséis años para ambos sexos las legislaciones de Alemania (art. 2229), Méjico (Art. 1306), Brasil (Art. 1627), Venezuela (Art. 837) Francia (Art. 905). Pero el Código francés establece un sistema que permite testar a quien haya alcanzado la edad de dieciséis años únicamente para la mitad de sus bienes.

Las legislaciones de Argentina, Italia, y Perú fijan el límite en los dieciocho años.

En cuanto a las legislaciones que como la nuestra conceden capacidad para testar al púber se pueden citar las de Chile, Uruguay y Colombia.

Toca ahora examinar las incapacidades contenidas en los numerales 2o. y 3o. del artículo 1002 C., incapacidades que por estar relacionadas con un estado de defecto mental son llamadas por los médicos legistas -- "incapacidades de orden natural".

En relación con estas incapacidades surge la interrogante de cuando un defecto mental tiene la suficiente cuantía para producirla. El legislador nos habla de "demencia" y de "sano juicio" para expresarlo; con -- ello ha querido indicar, probablemente, que lo que interesa no es saber si existía, en el momento de otorgar el testamento, una enfermedad mental, ni de qué tipo era, ni su pronóstico, sino si en tal momento el sujeto era capaz para conocer y querer y en qué grado en el mismo espacio de tiempo. Por eso ha empleado aquellos términos tan inexpresivos como --

amplios, porque es esa circunstancia lo interesante, y no la enfermedad mental en sí; hay, en efecto, enfermedades mentales que no implican la existencia de incapacidad para testar; mientras que puede darse incapacidad sin que el hecho de la enfermedad sea esencial, como casos de asintomatada sugestibilidad o en los de postración extrema.

La incapacidad, pues, no debe considerarse en sí misma, como una abstracción, sino en relación con el acto jurídico que se realiza, lo que tiene como consecuencia que el juicio médico-legal sobre la incapacidad sea al menos en parte, independiente del juicio psiquiátrico, que solo es una promesa, un elemento de juicio, para el primero.

Para llegar a él resulta imperioso conocer las exigencias de la ley para otorgar testamento. El legislador para conceder validez al acto testamentario, exige que impere la lógica en su redacción, en su contenido, en la articulación de sus varias partes (especialmente en el testamento cerrado puesto que del ológrafo no puede hablarse ya que éste no existe en nuestra legislación) y una patente relación afectiva entre el testador y los herederos.

Pero no basta la lógica en las disposiciones, la exactitud y la ponderación en la concatenación de los distintos componentes del testamento, ni que resplandezcan sentimientos de gratitud y afecto del otorgante; se impone tener en cuenta para valorar la justicia de tales decisiones, el saber si el testador las llevó a cabo con plena capacidad e independencia. A esto es lo que el legislador llama "sano juicio". Es decir, aquella normalidad de la conciencia que permite poder comprender la importancia y las consecuencias de las propias acciones y aquella integridad de voluntad que permite decidirse libremente en las propias determinaciones.

De lo dicho se infiere que dos son las condiciones exigibles desde el punto de vista psicológico para considerar válido un testamento: 1o. el testador debe tener conciencia completa de lo que significa, desde el punto de vista material y legal, el acto testamentario; poseer una noción clara de la trascendencia de las disposiciones que formula, tanto para él mismo como para los interesados; y disponer al mismo tiempo de los medios de hacer conocer su voluntad de una manera clara y limpia, ya sea manifestándolo de palabra o por escrito.- 2a. La manifestación de la voluntad del testador debe ser libre, es decir que no haya sido inducida al error por violencias físicas y morales, o, en fin, por trastornos patológicos de su actividad mental.

La capacidad para testar es una función resultado de la normalidad de todas las actividades psíquicas, desde la más elementales hasta las de más delicada diferenciación. De todos los actos de la vida de una persona, en su sentido jurídico, seguramente el que requiere un máximo rendimiento del psiquismo es el de otorgar testamento.

Todas las actividades psíquicas han de estar en juego, despierto y vivo, para que un testamento sea la expresión respetable y libre de la verdadera voluntad de una persona. Precisa que su afectividad conserve su juego normal hasta en sus estratos instintivos para que una reducción catatímica del campo de los afectos no favorezca con manifiesta injusticia, a los que halagaron las propias pasiones, y para ello ha de estar bien conservada la memoria con el recuerdo de los bienes y de los males recibidos, para que ninguna de las obligaciones contraídas se halle sin representación en el campo de la conciencia. Y para compensar unas con otras diferentes asignaciones, hace falta tener presente en cada caso el valor de cada cosa, sus posibilidades ulteriores de plus-valía o de desvalorización, la capacidad del heredero en relación con los bienes que se ponen en sus manos etc.

Fronte a esta complejidad de motivaciones del testamento, se impone -

el hecho conocido y demostrado por la Psiquiatría, con el nombre de "ley de desintegración de las funciones psíquicas". Según esta ley, la desaparición de las funciones se verifica en un orden desintegrativo que vá de lo más voluntario a lo más automático, de lo más complicado a lo más simple, de lo más reciente a lo más antiguamente adquirido. Quiere decir esto que cuando la psique enferma, las funciones que más pronto desaparecen son las más complicadas, las más finamente voluntarias, las más recientemente adquiridas.

Con tales antecedentes puede ya hablarse en forma general sobre las enfermedades mentales en las cuales se pierde la capacidad de entender y querer, en las que el grado de conocer, querer y obrar según ese conocimiento, no es suficiente para otorgar testamento libre, y por tanto, - válido.

Cuando se trata de procesos patológicos graves: esquizofrenia con gran alteración de la personalidad, demencias avanzadas, amnesia, etc. - no queda duda alguna sobre la incapacidad de entender y querer. Pero en aquellos casos en que la enfermedad mental es de menor entidad, la incapacidad se presta a dudas, ya por la intensidad del trastorno, ya por la época a que se remonta el testamento. Para poder expresar correctamente un juicio médico legal sobre la cuestión, es necesario tener muy en cuenta que: a) Es totalmente capaz de testar válidamente, aunque sea defectuoso, aquel que sabe darse libremente cuenta de la racionalidad de los motivos que le inducen a disponer voluntariamente de sus bienes en un determinado sentido; b) La capacidad para testar está en proporción inversa con la complejidad de las disposiciones tomadas y con la relación que tengan con los hábitos del sujeto.

Como consecuencia, debe considerarse con rigurosidad mayor la capacidad para testar cuando las disposiciones tomadas divergen de lo que es costumbre del sujeto, relaciones de familia, tradiciones locales, etc. - Igualmente es aconsejada tal rigurosidad cuando se beneficia a personas extrañas a la familia, por lo que habrá que orientarse respecto al pasado del de cujus. Por lo mismo, se puede sostener un criterio más amplio cuando se trata de familiares directos, de personas con las que se tenga un estrecho hábito de vida, de direcciones que corresponden a la idealidad religiosa o humanitaria cultivadas durante la vida del causante.

Es decir, que a paridad de diagnóstico clínico o de gravedad de la enfermedad mental, se impone una relatividad de juicio acerca de la capacidad que justifica que éste puede ser fundamentalmente distinta en cada caso.

El artículo 1002 C. establece en el numeral 2o. que es inhábil para testar "el que se hallare bajo interdicción por causa de demencia". Es declarado en interdicción por esta causa, el adulto que se halla en estado habitual de trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar la incapacidad del sujeto para la realización de la totalidad de los actos jurídicos. El Código usa en la disposición transcrita la palabra "demencia", también usa la expresión loco; pero esta diversa denominación de que se vale la ley ya indicada que lo esencial no es el padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino - sufrir una perturbación que sea origen de un estado mental con repercusiones jurídicas, y además que dicho trastorno sea habitual.

La declaración de interdicción de acuerdo a los artículos 461 C. y 848 y siguientes del Pr. debe hacerse por sentencia judicial después de que se ha seguido el juicio correspondiente; y de conformidad al artículo 465 C. una vez decretada la interdicción, los actos que realice el sujeto son nulos, aunque dichos actos los efectúe en un intervalo lúcido. - Por tanto, basta probar la interdicción por demencia para que el acto --

realizado con posterioridad a ella sea nulo; probada la interdicción no se admite prueba de que el acto ha sido celebrado en un intervalo lúcido. Es pues la declaración de interdicción la que establece la incapacidad de la persona y mientras dura no puede ejecutar válidamente acto ni contrato alguno.

Al exigir nuestra ley la declaración de interdicción de administrar sus bienes por causa de demencia, evita los inconvenientes de la prueba de la enfermedad mental, y deja limitada esa prueba al caso en que el acto hubiera sido celebrado antes de la declaración de interdicción, caso en el que será nulo el testamento si se acredita que su autor estaba demente cuando lo otorgó, por lo tanto a este caso se le aplica el numeral tercero del artículo 1002.

Resumiendo podemos decir que nuestra legislación considera incapaz para otorgar testamento a todo aquel que se hallare en interdicción por un defecto mental no importando que dicha persona tenga intervalos lúcidos; principio que también adoptan legislaciones como la chilena, colombiana, argentina, etc. Pero existen legislaciones que con respecto a la capacidad testamentaria exigen únicamente que al momento de otorgar testamento, el testador se encuentre en cabal juicio (española, sano juicio (francesa) (francesa); tenemos el caso del artículo 665 del Código Español que regula el testamento del demente, otorgado en un intervalo lúcido, y que dice: "Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán -- los facultativos además de los testigos"; en consecuencia, el Código español para apreciar la capacidad del testador establece que se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento. En iguales términos se pronuncia el Código Brasileño al permitir al demente testar en un intervalo lúcido.

La incapacidad que en nuestro medio se invoca con más frecuencia para obtener la nulidad del testamento es la contenida en el numeral tercero del artículo 1002 C., que dice: "El que actualmente no estuviera en su sano juicio por ebriedad u otra causa". La disposición contempla al demente que aún no ha sido declarado en interdicción, y que otorga un testamento sin hallarse en su sano juicio; y, comprende además, a todo aquel al momento de testar se halla privado de razón por cualquier causa, inclusive por ebriedad.

El inciso segundo del artículo 465 C. establece la regla de que -- "los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente". Consecuencia de tal regla es que, cuando se impugna un testamento invocando que su autor al momento de otorgarlo no estaba en su sano juicio, y además, dicha persona no había sido declarada interdicta por causa de demencia, la incapacidad no se presume de derecho, como ocurre con el interdicto declarado, sino que debe probarse.

La prueba de la incapacidad que contempla el numeral tercero no es cosa fácil, porque es hasta cuando el testador ya ha fallecido que se -- promueve el juicio de nulidad del testamento. Para la determinación a -- posteriori del estado mental del testador se le plantea al perito el problema de hacer un diagnóstico y establecer un juicio médico legal sin tener ante sí al sujeto objeto de la peritación. Es más, hay que tener en cuenta si la alteración de la conciencia que afectó al testador era de -- carácter permanente o transitoria, en razón de que si dicha alteración -- era de carácter transitorio y entre el otorgamiento del testamento y la muerte de aquel transcurrió un lapso cuando dicha alteración había desa-

parecido, debido a que en tal caso el testador pudo haber revocado el -- testamento. Por tal circunstancia, considero que la incapacidad contenida en el numeral tercero se aplica en la mayoría de los casos a aquellas -- personas que no han sido declaradas interdictas a pesar de que padecen -- de una anomalía de las funciones volitivas de la conciencia.

✓ Ahora bien, siguiendo el principio de que la capacidad se supone a falta de prueba en contrario, hay que limitarse a demostrar la incapacidad y precisamente en el momento en que se otorgó el testamento. El circunscribir la incapacidad a un determinado período cronológico no constituye una prueba determinante de la incapacidad del testador al momento de otorgar el acto; constituye sí una presunción de que el acto testamentario fue realizado por una persona con las facultades mentales anormales, pero que no llena la exigencia de la ley para que el testamento sea declarado nulo. Además el circunscribir la incapacidad a un determinado período cronológico constituye una empresa a menudo llena de dificultades para el médico legista.

Por último, el numeral cuarto considera incapaz para otorgar testamento a "todo el que de palabra o por escrito no pudiera expresar su voluntad claramente". Es indispensable que de palabra o por escrito pueda el testador expresar claramente su voluntad, en consecuencia, no pudiendo hacerlo, no puede existir testamento válido.

En nuestra legislación el sordomudo que no pueda darse a entender -- por escrito es incapaz para hacer testamento, ya que es absolutamente incapaz de realizar todo acto jurídico. El sordo o el mudo no tienen esta incapacidad, por que la ley considera que no están impedidos de manifestar su voluntad.

El sordomudo no puede hablar a causa de su sordera. En efecto, para el aprendizaje del lenguaje hablado se requiere el oído que permite la fijación de las imágenes motoras del lenguaje. Pero, además por carecer del oído, se halla privado de los medios habituales de instrucción, así como del cultivo de la inteligencia, cuyo desarrollo suele quedar detenido, por lo que el sordomudo queda habitualmente en una situación de incapacidad intelectual.

En muchas ocasiones la sordomudez es una manifestación de enfermedades cerebrales congénitas, con desarrollo cerebral deficiente; es decir, una manifestación más de una oligofrenia o de otra enfermedad cerebral. Al lado de esta inferioridad intelectual, la sordomudez es causa de un aislamiento moral y social, ya que sin una educación especial tal defecto priva al sujeto de los medios de comunicación con sus semejantes.

Se explica, por todos estos antecedentes, que el sordomudo sea habitualmente incapaz para gobernarse a sí mismo. Tal incapacidad, sin embargo, es variable de sujeto a sujeto, dependiendo del desarrollo intelectual, de la instrucción y de la adquisición de algún medio de comunicación con sus semejantes que le permitan la exteriorización de su voluntad.

De acuerdo con estas bases, nuestra legislación establece la interdicción y guarda para los sordomudos, pero solo para aquellos que no pueden entender o darse a entender por escrito, ya que el aprendizaje de estas funciones presupone un nivel intelectual suficientemente elevado para poder proveer a sus propios intereses y, sobre todo, le proporciona los medios de comunicación con sus semejantes y con ello la posibilidad de expresar sus deseos, sus preferencias y sus determinaciones.

La interdicción del sordomudo cesa, de acuerdo al artículo 472 C., cuando éste se haya hecho capaz de entender y ser entendido por escrito,

y tuviera suficiente inteligencia para la administración de sus bienes.

Con todo lo dicho surge la interrogante de si por haberse decretado la interdicción de una persona por causa de sordomudez, ésta por ese solo hecho es incapaz para testar. Considero que el sordomudo por el solo hecho de estar declarado en interdicción no es incapaz de testar; es necesario siempre probar que dicha persona no pueda entender y darse a entender por escrito. Para el sordomudo la ley no sienta en principio de que los actos y contratos que realice con posterioridad al decreto de interdicción sean nulos, tal como lo hace con el demente declarado en interdicción, por tal motivo, si el sordomudo interdicto otorga testamento dicho acto es válido si al momento del otorgamiento el sordomudo podía darse a entender por escrito. Además, el artículo 470 C. no dice que le sea aplicable al sordomudo el artículo 465.-

Tiempo en que debe tenerse la capacidad:

El Derecho romano exigía capacidad en el momento del otorgamiento del testamento, durante toda la vida posterior del testador y también en el momento de la muerte. Si en cualquiera de éstas épocas se interrumpía o desaparecía la capacidad, el testamento se anulaba; sin embargo, existieron dos excepciones a la regla: la ficción de la ley Cornelia y el derecho de posliminium.

Cuando el causante hubiera sido cautivo del enemigo y fallecía en el cautiverio, se entendía que en el tiempo intermedio no había sido capaz de derecho y tampoco al morir; para evitar la nulidad del testamento, la ley Cornelia creó una ficción por la que se decía que el testador había muerto en el momento de la captura, en consecuencia era libre y su testamento válido.

El testador antes de caer prisionero era libre y también lo era al momento de morir, pero no lo era en el tiempo intermedio; para evitarse la nulidad del testamento, por el derecho de posliminium se fingía que el causante había sido siempre libre, y por lo tanto su testamento válido.

Nuestra legislación fija, de acuerdo con el derecho moderno, un solo momento para determinar la capacidad del testador: el momento de otorgar el testamento. Claramente lo expone el artículo 1003 C. al decir:

""""El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente, es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa.

""""Y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después de alguna de estas causas de inhabilidad""".-

El testamento otorgado por un impúber es nulo, aunque cuando éste llegue a la pubertad, por otros actos manifieste en repetidas ocasiones que es su deseo que tal testamento sea válido, puesto que cuando lo otorgó carecía de testamentifacción activa. De la misma manera será nulo al testamento de una persona interdicta que ha recobrado la razón aunque posteriormente se la rehabilite. Si una persona ha otorgado testamento teniendo cualquiera de las inhabilidades expresadas por la ley y al cesar tal inhabilidad desea que las disposiciones contenidas en el testamento se mantengan, dichas disposiciones deben ser reproducidas en un nuevo testamento.

A contrario sensu, un testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir una de las causas de inhabilidad que la ley establece.

Dice Clero Solar que el artículo 1003 está de acuerdo con la regla -

que dió Paulus la cual dice: "lo que al principio fue vicioso no puede hacerse válido con el transcurso del tiempo", regla aplicaba por Javalona - especialmente a la herencia testamentaria, diciendo que: "todas las cosas que resultan del testamento, si al principio no tuvieron vicio alguno, se han de entender en el mismo estado". Continúa diciendo Claro Solar, que guardaba conformidad con tales principios la regla denominada Cantoniana, según la cual "Toda disposición testamentaria que se hubiera debido considerar nula en el momento del otorgamiento del testamento, si el testador fallecía en ese momento, no puede jamás llegar a ser válida, cualquiera que sea la época en que fallezca el testador".

El principio contenido en el artículo 1003 ha prevalecido en los códigos modernos, sin duda por considerar al testamento como un acto declarativo de la voluntad privada, y la ley, por tanto, presume la capacidad del testador; pero como se trata de una presunción juris tantum, cabe la prueba en contrario, lo cual quiere decir que quien alega la incapacidad debe probarla.

II.- VOLUNTAD EXENTA DE VICIOS

El testamento, como todo acto jurídico, requiere una voluntad exenta de vicios. Si la voluntad proyectada sobre los negocios jurídicos tiene - que ser siempre una voluntad indiscutida por su perfección, en los actos mortis causa esa limpidez volitiva debe ser acusada con particular esmero, ya que de presentarse el caso de la impugnación del acto, no podrá estar presente el testador para poder testimoniar sobre el particular. Nuestra legislación quiere que no pueda producirse un desacuerdo entre la intención y la voluntad declarada en el testamento, por ello el artículo -- 1004 C. prescribe:

""""Las disposiciones testamentarias en que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todas sus partes, y si el vicio afecta la celebración del acto, será nulo el testamento."""".-

Antes de la reforma de 1902 el artículo estaba redactado de la siguiente manera: "El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes".

La Comisión de 1902 propuso la reforma basado en los siguientes motivos. "La Comisión cree que las disposiciones testamentarias pueden adolecer de los mismos vicios que el consentimiento en general, con idénticos efectos. Por esta razón ha ampliado la disposición del artículo citado a todos los casos de error, fuerza o dolo, como inductivos de nulidad".

La validez que la ley reconoce a las disposiciones testamentarias no tiene otro punto de apoyo que la voluntad del causante, es por ello que - la ley exige que dicha voluntad no adolezca de ningún vicio para que en su oportunidad se proyecte en el mundo jurídico. La ley establece que los vicios que pueden afectar la voluntad del testador son el error, la fuerza y el dolo; sin embargo, no da reglas especiales sobre los vicios de - que puede adolecer el consentimiento en materia de liberalidades testamentarias, por lo que surge la interrogante de si las disposiciones relativas a los vicios del consentimiento en materia contractual se aplican en su totalidad al testamento.

No puede afirmarse en forma categórica que a las declaraciones de última voluntad las son aplicables en su totalidad las disposiciones contenidas en el Título II del Libro IV del Código Civil, ello se debe a la na

turalidad especial del acto testamentario, pero si lo son aplicables muchas de sus disposiciones; por tanto al analizar separadamente cada uno de los vicios de que puede adolecer la voluntad del testador debe tenerse en cuenta la fórmula de Aubry y Rau, para quienes al examinar la voluntad en materia de liberalidades por causa de muerte es necesario tener en cuenta que en dichos actos debe existir "una libertad de espíritu y una resolución más firme y completa que en materia de contratos interesados".

EL ERROR EN RELACION A LOS TESTAMENTOS

El error es la falsa noción que se tiene de una cosa o de un hecho. Consiste, por lo tanto, en ese estado intelectual en que la idea de la realidad se halla oscurecida u ocultada por una idea falsa. El error no equivale a la ignorancia; ésta consiste en la falta de noción de una cosa o hecho, sin que sea necesario tener una noción falsa. En los Códigos latinos la doctrina del error se construye a base de la espontaneidad; - el error estricto sensu es el error espontáneo, en cambio el error provocado, o sea el causado por maquinaciones de otra persona, se denomina de lo. No es aceptada unánimemente la teoría del error en materia testamentaria; así tenemos que el profesor Guillermo A. Borda dice que el error no es ni puede ser una causa de nulidad de las disposiciones testamentarias, porque no pueden hacerse valer contra ellos pruebas extrañas al testamento mismo, ya que de lo contrario sería fácil desvirtuar las disposiciones de última voluntad fraguando pruebas que demuestran supuestos errores del causante; en cuanto al caso en que el error surge del propio testamento, el profesor Borda dice que entonces la invalidez de la disposición se fundará en que el Juez tiene el deber de hacer prevalecer la auténtica voluntad del causante, por lo que, en tal caso, existe sólo un problema de interpretación de la voluntad del testador.

Albedejo considera que el error no anula la disposición testamentaria como regla general, sino únicamente como excepción y en los casos especiales determinados por la ley.

Pero, para una mejor comprensión del punto, es necesario analizar los siguientes supuestos que en materia testamentaria pueden presentarse relativos al error:

El error in negotio, o sea el error sobre la propia naturaleza del acto que se realiza. Sería el caso de que una persona hiciera testamento creyendo que en realidad hacía cosa distinta. La hipótesis de error en tal caso es difícil de que se produzca en la práctica, porque dadas las solemnidades exigidas para el otorgamiento del testamento resulta casi imposible que una persona no se da cuenta del acto que está realizando. Para de producirse, no hay ninguna duda sobre la nulidad del testamento por estar seriamente viciada la voluntad del testador por el error sobre la naturaleza del acto realizado.

Error sobre la persona del asignatario.- Dice el artículo 1040 C. - que: "El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiera duda acerca de la persona". Y es que por regla general el error en la persona no vicia el consentimiento, a menos que la consideración de ella sea determinante del acto. Lo que prescribe, dice el artículo 1040, es que los errores de expresión, o de pluma, en que incurre el testador al nombrar el asignatario no dan lugar a la nulidad de la disposición siempre que no hubiera duda acerca de la persona a quien se ha querido beneficiar. Tales casos serían, cuando el testador dice: - instituyo heredero a mi hijo Juan, el cual es el único que tengo de mi -

matrimonio con mi esposa Luisa, y resulta que no se llama Juan sino que Pedro, en tal caso la asignación no sería nula sino que prevalece la voluntad del testador y la asignación le corresponde a Pedro; otro caso sería en el que el testador dice: instituyo heredero a mi hijo el ingeniero Juan Pérez, pero resulta que el asignatario no es ingeniero sino médico.

Díaz Cruz, citado por Puig Peña, dice que para que el error en la persona traiga como consecuencia la nulidad de la asignación es necesario que no pueda saberse con certeza cuál sea la persona que quiso beneficiar el testador; sin embargo, considero que en tal caso no existiría error, sino que lo que se presenta es una imposibilidad de cumplir la asignación por indeterminación del asignatario, ya que de acuerdo al Art. 1039, todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada.

El error en la persona siempre se confunde con el error sobre el motivo determinante de la asignación, así lo expresan Planiol y Ripert al decir: "en el fondo, el error en la persona es prácticamente inadmisibile si no se aproxima y aún confunde con el error en cuanto al motivo determinante o causa".

Error en el motivo o causa de la asignación.- La causa de las disposiciones testamentarias y de las donaciones entre vivos, para Aubry y Rau, consiste únicamente en la libre determinación del disponente de ejercer en favor del beneficiario una liberalidad. Siguiendo tal tesis, Baudry-Lacantinerie y Colin distinguen la causa de los motivos que decidieron el espíritu de libertad del testador. La causa es la intención de favorecer a alguien con una asignación, los motivos pueden ser múltiples. Estos autores dicen que el motivo carece de trascendencia jurídica y que escrutarlo es abandonar el dominio del derecho positivo, para entrar en el campo de la moral; ya que existiendo la intención de conceder una liberalidad al instituido, el acto a título gratuito tiene una causa suficiente.

Laurent, Planiol y Ripert, Colin y Capitant y Josseland, distinguen la causa en el sentido clásico, o sea la intención de beneficiar a alguien, y la causa impulsiva y determinante, que es aquella que ha provocado decisivamente ese ánimo de beneficiar.

El testador no tiene porqué expresar en el testamento el motivo que lo decide a otorgar la asignación, para justificarla basta la liberalidad de su ánimo. Pero puede ocurrir que, a pesar de ser innecesario la expresión del motivo, el testador lo indica y al hacerlo incurre en un error; en tal caso, el error en que incurra el disponente vicia el consentimiento, pues de no haber ocurrido tal error el causante no hubiera hecho la asignación. Nuestra legislación acepta que el error de hecho sobre el motivo determinante de la asignación vicia el consentimiento al decir el artículo 1041: "La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita". Y es que, como lo expresa Puig Peña, en tal caso no se está propiamente ante un mero motivo determinante, sino ante un motivo considerado por el testador como la verdadera causa impulsiva de la liberalidad. Ella trae como consecuencia que el profesor Borda diga que en este caso no es necesario echar mano de la teoría del error para afirmar que la asignación testamentaria es ineficaz, ya que el motivo de la invalidez es la falsa causa o la falta de ella y no el error.

Error sobre el objeto o error in re.- Pueden presentarse los siguientes casos:

- a) el error sobre la identidad del objeto, presentándose esa cir---

circunstancia no resulta afectada la disposición si se puede demostrar en forma inequívoca cual es el bien con que se quiso favorecer al asignatario, es un caso de interpretación del testamento; por ejemplo: dejó a Juan una casa de mi propiedad situada en la Colonia Libertad Avenida Washinton número cincuenta, pero resulta que el número correcto de la casa no es cincuenta sino sesenta, en tal caso la asignación vale.

b) Si a causa de un error se produce una duda imposible de esclarecer, la asignación será ineficaz por indeterminación del objeto, no por haberse cometido un error.

c) Si por error se lega una cosa ajena, la asignación es ineficaz, no por el error cometido sino porque el testador solo puede disponer de sus propios bienes.

LA FUERZA EN RELACION A LOS TESTAMENTOS

Puede definirse la fuerza como la presión que se ejerce sobre una persona por actos materiales o amenazas para inducirla a consentir. La fuerza expone a la víctima, a la persona respecto a quien se ejerce, o a un sufrimiento presente, o al temor de un sufrimiento futuro, y es el propósito de verse libre de este sufrimiento o de evitarlo el que le decide a consentir; al vicio del consentimiento deriva del temor que en el ánimo de la persona producen los actos materiales de violencia o las amenazas de que es víctima.

La fuerza puede ser material o moral. Es material cuando consiste en actos físicos o materiales de violencia; por ejemplo golpear a una persona, causarle cualquier daño como medio para que preste el consentimiento, etc. La fuerza es moral cuando consiste en amenazas, es decir, cuando no se está ejecutando sobre la persona un mal presente, sino que se le expone a sufrir un daño si no hace lo que se le dice.-

De conformidad a las reglas generales, la fuerza debe ser grave, es decir, capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, atendida su edad, sexo o condición, como aquella que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. (artículo 1327 C.). En general se estima que, en materia de disposiciones de última voluntad, la fuerza, para viciar el consentimiento, puede ser menos grave que en materia de contratos; así se pronuncia Claro Solar al decir, que la definición de fuerza que dá la ley, "es excesiva para un acto de última voluntad. No se exige en esta clase de actos, continúa diciendo, un temor capaz de trastornar a un hombre constante; basta que los hechos sean tales, que se puede deducir de ellos que el testador no ha dispuesto de su plena libertad, o que la violencia que sobre él se ejerce ha sido suficiente para producir una presión bastante para forzar al testador a hacer lo que habría querido en realidad". (14).-

Para juzgar la impresión que puede haber producido la violencia que fue causa determinante del acto testamentario, deberá tenerse en cuenta la edad, el sexo y la condición de la persona que fue víctima de ella. - El temor reverencial, sin que haya intervenido violencia, no es título para pedir la anulación del acto de última voluntad.

Puede ejercerse directamente la fuerza sobre el testador o indirectamente, cuando se ejerce sobre sus ascendientes, descendientes o cónyuge-

(14) Claro Solar; Ob. citada, Tomo XIV, Pág. 38.-

ge. También, no es necesario que la fuerza la ejerza aquel que es beneficiado, con una asignación, puede emplearla cualquier otra persona. (art. 1328 C.). Sin embargo, cuando la fuerza es ejercida por una persona en beneficio propio, además de ser anulable el acto, se producirá además la indignidad del autor de la violencia, de conformidad a lo prescrito en el numeral 4o. del artículo 969.

La fuerza tanto física como moral puede ser causa de nulidad de los testamentos. Sin embargo, para que se pueda hablar de nulidad por haberse ejercido fuerza sobre el testador, es necesario que la violencia ejercida sea grave. Grave, significa que actúa sobre el testador el temor mayoris malignatis, o sea, que comparado el mal con la declaración testamentaria que se quiere arrancar implique aquél un mal mayor para la víctima, la cual escoge el mal menor, o sea la disposición testamentaria; es necesario que el mal a que es sometido el testador, o la amenaza que sobre él se ejerce sea de tal naturaleza que sucumba a la presión y otorgue el testamento.

EL DOLO Y LA CAPTACION DE LA VOLUNTAD

Ciertas legislaciones han silenciado al dolo como una de las causas que vician la voluntad testamentaria. Ante tal silencio, tratadista sostienen la irrelevancia del dolo en estos negocios; según ellos en base a la especial naturaleza jurídica del negocio testamentario como acto estrictamente unilateral, y en el que, por tanto, resulta inoperante la actuación capciosa de sujetos extraños. Pero tal doctrina no ha tenido mucha influencia en el derecho de sucesiones, puesto que es un hecho innegable que los actos jurídicos unilaterales pueden rescindirse por dolo -- al igual que los bilaterales.

La legislación salvadoreña, establece en el artículo 1004 una norma según la cual la disposición testamentaria en que haya intervenido error, fuerza o dolo es nula, de donde se concluye que siendo el dolo un vicio del consentimiento en materia testamentaria, le es aplicable a tal vicio todo lo dispuesto con respecto a él para los actos jurídicos en general, con las modificaciones que a continuación se explicarán.

Existe dolo en materia testamentaria cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a una persona a otorgar un testamento, o una disposición testamentaria, en un sentido totalmente diverso del que la hubiera otorgado de no haberse producido la interferencia de este vicio en su voluntad.

Del anterior concepto se vé que en materia testamentaria el dolo -- suele asumir una forma que le es típica: la captación de la voluntad, la cual podemos definir de acuerdo con Escribano diciendo que "es atraer alguno la voluntad, benevolencia o atención de otro con palabras halagüeñas, con la dulzura del trato, con el discurso elocuente o con otros medios, para que le haga alguna donación, le nombre heredero, o le de su voto en la elección de algún empleo". Disposición captatoria será aquella disposición testamentaria provocada o sugerida por el artificio de un heredero o legatario. Ahora bien, para que la captación haga nulas -- las disposiciones en que interviene, es preciso que medie dolo o artificio.

De acuerdo con el artículo 1329, el dolo para que vicie el consentimiento debe ser obra de uno de los contratantes, y además aparecer claramente que de no existir no hubiera contratado. Es evidente que esta exigencia de que el dolo sea obra de una de las partes contratantes no pue-

da tener cobida en los actos testamentarios; basta con que el dolo sea de terminante, cualquiera que sea su autor, aunque el dolo no emane de la -- persona favorecida con la asignación testamentaria con la declaración unilaterial de voluntad de la víctima del dolo.

Para que el dolo vicio el consentimiento es necesario que reúna los requisitos siguientes:

1o.- Que el posible beneficiario, o el tercero directamente interesado, actúe insidiosamente con palabras o frases o realice maquinaciones -- tendientes a obtener una asignación testamentaria determinada. Las palabras frases o maquinaciones insidiosas deben probarse plenamente, puesto que no pueden deducirse de simples conjeturas o meras presunciones.-

2o.- Que la maquinación insidiosa sea de orden grave. Es frecuente -- que en torno al lecho del enfermo, los parientes, amigos y sirvientes, -- multipliquen sus atenciones con el objeto de ganarse su afecto o su agradecimiento, con la esperanza de ser recordados en el testamento; pero -- mientras la conducta se mantenga en ese terreno, no hay motivo suficiente para que pueda hablarse de nulidad, aunque las atenciones y cuidados no -- sean el fruto de un auténtico cariño y tengan solo un fin interesado. En este caso estamos en presencia del llamado dolo bueno, o sea la captación de voluntad obtenida por maniobras no insidiosas. Pero el testamento o la disposición testamentaria deberá anularse cuando la captación de la voluntad del testador se ha logrado con medios o procedimientos reprobables, -- por maniobras o alegaciones falaces, tales como las calumnias contra la -- familia, el alejamiento de los parientes o de los domésticos fieles, intrusión insistente en los negocios del disponente, autoridad dominadora, -- etc. Por lo general esta conducta dolosa no consiste en un solo engaño -- circunstancial, sino en una maniobra prolongada en el tiempo, que hace -- perturbar el estado de sumisión de la voluntad del testador hasta su muerte, o sea, que además de la gravedad de las maquinaciones insidiosas, éstas deben también poseer un alto grado de intensidad.

3o.- Que exista una relación de causa a efecto entre la maquinación insidiosa y el otorgamiento del testamento. La voluntad del testador tiene que haberse dirigido precisamente a base de la maquinación empleada, -- existiendo la plena convicción de que si no hubiera sido por tales maniobras el otorgante hubiera testado de distinta manera.

Al decir el artículo 1004 que las disposiciones testamentarias en -- que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todas sus partes, y si el vicio afecta la celebración del acto será nulo el testamento, está indicando que nuestra legislación acepta la doctrina moderna; dicha -- doctrina sostiene que puede producirse la nulidad del testamento o sólo -- la de algunas de sus disposiciones, en el caso que exista un vicio de la voluntad que afecte al testador. Por tal motivo es necesario examinar la extensión de la nulidad cuando se trata de vicios del consentimiento.

Tratándose del error puede darse la nulidad parcial del testamento, pues el vicio solo afecta la disposición en que el testador incurrió en error, y las demás disposiciones permanecen válidas. El error no se proyecta sobre todo el acto testamentario viciándolo de nulidad, solo afecta una disposición concreta; sin embargo, el error in negotio, o error sobre la propia naturaleza del acto o negocio jurídico que se realiza, si -- afecta la celebración del acto, siendo por tanto nulo el testamento.

La mayoría de los tratadistas son de parecer que la fuerza y el dolo se proyectan sobre todo el testamento viciándolo de nulidad, en consecuencia, no valdrá decir que solo se querían obtener efectos favorables para una disposición en particular. En tal sentido se pronuncian Puig Peña, -- Díaz Cruz, Armoro Balgado, Traviestas, etc. Cuando existe fuerza se da un

construimiento de la voluntad del testador y no puede hablarse de persona actuante, sino de un mero instrumento sin voluntad, en manos de un tercero. En caso de captación dolosa de la voluntad del testador, éste se encuentra con el ánimo perturbado, por lo que el vicio se proyectará sobre todo el testamento, ya que las maquinaciones insidiosas de que se han valido los asignatarios o un tercero son la causa determinante del acto que realiza.-

CAPITULO CUARTO

CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS

I.- IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS

El testamento es un acto solemne, y como tal ligado en su existencia y validez a una forma determinada impuesta por la ley al arbitrio de los particulares. Las formas deben ser distinguidas de las formalidades o solemnidades. Formalidades o solemnidades son los requisitos que los testamentos deben cumplir, para que configuren una de las formas. La forma es tan esencial al testamento, que sin ella no puede existir; en consecuencia, la última voluntad, para que pueda existir y producir efectos, es necesario que se canalice por la forma preestablecida por la ley; por tanto, hay que tener muy en cuenta el principio que dice: "la forma da el ser o la existencia a la cosa".

Al admitirse diversas formas testamentarias vemos que cada una tiene su regulación propia; así, en el caso del testamento ológrafo ella es completa, y tratándose de los testamentos abiertos y cerrado, deben integrarse además con disposiciones propias de los instrumentos notariales.

Las solemnidades, unas tienden a garantizar la libre manifestación de la voluntad del testador y otras tienen por objeto asegurar la identidad y conservación del acto testamentario. Esas solemnidades no son estériles formalidades, sino, como dice De Diego, sapientísimos preceptos de la ley para garantizar la libertad del ciudadano en el último momento de su vida, constatar la verdad de sus disposiciones y alejar abusos en perjuicio de los herederos.

La prueba de la observancia de las formalidades prescritas por la ley para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo, y no de otros actos probados por testigos. Esta es una regla elaborada por la doctrina francesa, más concretamente de Aubry y Rau, y que ha sido aceptada por todas las legislaciones, incluso la nuestra. Deben tenerse por solemnidades todas las que el Código exige para cada una de las especies de testamento, aún cuando no se exprese que su omisión entraña la nulidad del testamento.

El número y calidad de las solemnidades depende del grado de cultura, de las costumbres y moralidad de cada pueblo, pues el legislador ha de tener todo esto muy en cuenta. Deben ser las necesarias para hacer auténtica, segura y permanente la última voluntad. Desde tal punto de vista pueden distinguirse dos sistemas: el moderno, muy sencillo, y el romano de Partidas, mucho más recargado de solemnidades tanto internas como la institución de heredero y desheredación para el que tenía herederos forzosos y otras externas, tendientes a evitar fraudes. Las solemnidades prescritas por la ley para evitar fraudes, algunas han perdurado en todas las legislaciones a través del tiempo, otras han desaparecido en la mayoría de las legislaciones, sin embargo ciertas solemnidades de este tipo se conservan como reminiscencias históricas; así tenemos el caso de la rogación de los testigos que aún se conserva en las legislaciones forales españolas.

Por razón de la forma los testamentos se clasifican en: ordinarios y comunes o solemnes o generales, y en especiales o extraordinarios o privilegiados o menos solemnes. Los testamentos ordinarios, llamados también comunes, solemnes, generales, son aquellos que la ley pone a disposición del testador, en cualquier circunstancia, y salvo ciertas incapacidades físicas para determinadas formas, de suerte que toda persona capaz puede indistintamente usar de esas formas para disponer de sus bienes contemplatio mortis. Los testamentos especiales llamados también extraordinarios,-

privilegiados y menos solemnes, son aquellas formas, distintas de las anteriores, que la ley permite usar, en eventos graves, o determinadas personas, que tendrían dificultades presuntivamente insuperables para testar en las formas ordinarias y que tienen una duración limitada.

Las legislaciones modernas agrupan las formas de los testamentos comunes en tres tipos:

1o.- Los testamentos por acto público, o sea aquellos en que la declaración de voluntad ha sido hecha ante una persona investida de carácter oficial, por ejemplo: notarios, jueces autoridades administrativas - (cónsules,) etc.-

2o.- Testamentos esencialmente privados, es decir, aquellos en que el testador interviene sólo en la realización del acto sin que presten asistencia o concurso ni funcionarios ni testigos, como sucede en el testamento ológrafo.

3o.- Testamentos mixtos, que participan de las dos categorías anteriores, y entre los que se encuentran el testamento cerrado, y los testamentos hechos ante testigos aunque sin la presencia de un funcionario público.-

Los testamentos especiales o privilegiados se otorgan en circunstancias muy especiales y en ciertos casos, además, en consideración a la calidad personal del testador. Los testamentos privilegiados, que se otorgan en consideración a circunstancias extraordinarias o muy especiales, son el testamento marítimo, el testamento en tiempo de peste, el testamento del que se encuentra en inminente peligro de muerte, el testamento hecho en las regiones invadidas durante la guerra (Francia), etc. Los testamentos privilegiados hechos en circunstancias excepcionales pero cuyo otorgamiento es permitido únicamente en consideración a la calidad del testador podemos citar únicamente el testamento militar el cual sólo se otorga en tiempo de guerra por los militares, voluntarios, rehenes y civiles al servicio del ejército.

Nuestra legislación clasifica las formas testamentarias en atención a las solemnidades prescritas para las distintas formas, en testamentos solemnes y menos solemnes. Tal clasificación tiene importantes consecuencias de derecho, siendo las principales las referentes a nulidades, a la validez del testamento en cuanto al tiempo, en cuanto a los efectos originados de la revocación de los solemnes y de la caducidad de los privilegiados y en cuanto a la validez en El Salvador de los testamentos otorgados en país extranjero. A continuación haré un somero análisis de las consecuencias señaladas con el fin de tener una idea anticipada de tales circunstancias puesto que las mismas corresponden tratarlas con más extensión en páginas posteriores.

En cuanto a las nulidades que tienen su origen en la omisión de formalidades ordinarias, la ley es más severa cuando se trata de testamentos solemnes que en caso de testamentos privilegiados, puesto que para éstos se han dispensado muchos requisitos de forma dadas las excepcionales circunstancias en que se otorga, por ello la doctrina del favor testamenti se aplica con mayor amplitud en esta clase de testamentos. En cambio en los testamentos solemnes u ordinarios, la ley es más rigurosa respecto a las formalidades prescritas y su omisión acarrea siempre la nulidad del acto.

✓ Respecto a la validez de los testamentos en cuanto al tiempo, tenemos que los testamentos solemnes solo la pierden en caso de revocación; mientras el testador no cambia de opinión y otorga uno nuevo las disposiciones testamentarias conservan plena eficacia; por el contrario, los

testamentos privilegiados tienen la peculiaridad de que caducan con el transcurso del tiempo, su eficacia se mantiene durante el tiempo que dure la circunstancia excepcional por la que se otorgó más un lapso de tiempo que la misma ley señala cuando ha cesado tal circunstancia.

Otro efecto importante que resalta la clasificación de los testamentos, es el relativo a la revocación y caducidad. Los testamentos solemnes solo pueden ser revocados, no puede hablarse de caducidad respecto de ellos; los testamentos privilegiados pueden ser revocados y además caducan. La revocación se produce por un acto de voluntad del testador: cuando cambia de voluntad; en cambio, la caducidad se produce por ministerio de la ley. La revocación puede ser total o parcial; la caducidad siempre es total, porque quita eficacia a todo el testamento.

Pero el efecto más importante que existe como consecuencia de la clasificación de los testamentos, es que solamente los solemnes u ordinarios otorgados en país extranjero, de conformidad a las leyes de dicho país, pueden hacerse valer en El Salvador; en cambio, los testamentos privilegiados otorgados en el extranjero que no lo sean de conformidad a la legislación salvadoreña no pueden hacerse valer en nuestro país.-

II.- TESTAMENTO SOLEMNE Y MENOS SOLEMNE

""""Art. 1005.- El testamento es solemne, o menos solemne.

""""Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere."""

""""El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley""".-

""""El testamento solemne es abierto o cerrado.

""""Testamento abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedoras de sus disposiciones a las personas que según la ley deben presenciarlo; y testamento cerrado o secreto, es aquel en que no es necesario que dichas personas tengan conocimiento de ellas""".-

El Código clasifica los testamentos, en consideración a las formalidades a que se hallan sometidos, en solemnes y menos solemnes. Todo testamento es un acto solemne, lo que sucede es que para los solemnes la ley establece formalidades ordinarias y comunes según la clase de testamento que se ha de otorgar. Los testamentos menos solemnes o privilegiados son aquellos en que pueden omitirse algunas formalidades, teniendo en cuenta las excepcionales circunstancias en que se otorgan, no son tan solemnes como los que llevan tal nombre, sin dejar de ser solemnes.

Las formas propias de cada uno de los testamentos solemnes han sido ordenados por el derecho común en vista de los fines indicados por la naturaleza de cada uno, aunque respondiendo ambos a garantizar la sinceridad y certeza de la declaración de última voluntad. Esos fines particulares son: en cuanto al abierto, que sean reducidas a escritura en un acto notarial las declaraciones de voluntad hechas por el testador; y en cuanto al cerrado, que no pueda un acto escrito falso sustituirse a aquel que el testador presente conteniendo su última voluntad.

En los testamentos solemnes al testador corresponde el derecho de elegir la forma que desea; es decir, que cualquiera que tenga condicio-

nas requeridas por la ley puede elegir una de esas formas; la ley no le impone ninguna, ni por su cualidad personal, ni por la naturaleza de la disposición, ni por la importancia del patrimonio, salvo determinados casos en que por defectos físicos que afectan al testador solamente le es accesible una forma determinada, por ejemplo el ciego solo puede testar nuncupativamente, el mudo solo puede otorgar testamento cerrado, etc.

Al escoger el testador una forma determinada ha de seguirla hasta el final y observarla por completa, sin que pueda mezclar una con otra. Lo dicho constituye el principio de la autonomía de las formas en cada testamento, el cual debe entenderse no solo en el sentido de no ser exigibles mayores solemnidades que las establecidas para cada especie de testamento, so pretexto de no ser necesarias en otras distinta, sino también el sentido de no ser excusable la ausencia de la propia de cada uno de ellos, por no corresponder a otra clase de testamento. Con tal principio se mantiene la independencia de las diversas formas, sin que sea posible mezclarlas o confundirlas, ni completar la una con la otra.

Las formas de los testamentos privilegiados no son de libre elección; su uso válido está subordinado a la calidad personal y circunstancias extraordinarias en que se encuentra el testador o solo a estas últimas. Sin embargo el testamento privilegiado subordinado a la calidad personal y circunstancias anormales en que su otorgamiento se permite, no se imponen forzosamente dichas formas al testador, éste es libre de utilizar formas privilegiadas o solemnes a su arbitrio, porque las disposiciones que regulan las formas de los testamentos privilegiados no derogán a aquellas que rigen las formas de los testamentos solemnes, sino que son agregadas para proveer a necesidades extraordinarias; así, tenemos, por ejemplo: en tiempo de guerra, un militar puede otorgar testamento nuncupativo, o puede otorgar testamento cerrado.

Tienen de común las formas solemnes y privilegiadas que no difieren en cuanto al contenido del acto testamentario; es decir, que por cualquier forma, sea solemne o menos solemne, puede disponerse del patrimonio a título singular o universal, así como sobre los mismos bienes extrapatrimoniales. Sirven igualmente para revocar un testamento anterior, para teniendo siempre en cuenta lo dispuesto en el inciso 2o. del Art. 1143.

En cuanto al problema de las solemnidades sobrabundantes la doctrina francesa, a la que sigue nuestra legislación, considera que no afectan la validez del testamento, ya que únicamente es necesario que se cumplan los requisitos exigidos por la ley para que el acto tenga existencia jurídica y validez formal. Casos de solemnidades sobreabundantes serían: la intervención de un número mayor de testigos que los requeridos para la forma escogida por el testador, el uso sobrabundante de formulismos notariales, etc.-

Nuestra legislación acepta como testamentos solemnes, sólo el nuncupativo o abierto y el cerrado.

El testamento abierto, llamado también nuncupativo y público, es aquel en que el testador hace del conocimiento de los testigos y el notario sus disposiciones de última voluntad. Este testamento ofrece ventajas respecto del cerrado: la intervención del notario es por regla general una garantía de que no se harán disposiciones ineficaces o que, por cualquier otro motivo, no pueden cumplirse; brinda una mayor seguridad, haciendo imposible su destrucción por quedar asentada en el protocolo. Pero, por otra parte, presenta como inconveniente más grave, el hecho de que en él impera un rígido formalismo; la más mínima desviación de las formas impuestas por la ley, entraña la nulidad. Otro inconveniente, a veces importante, del testamento abierto, es que no permite guardar el secreto de las disposiciones de última voluntad; la intervención del notario, testigos, empleados del notario y de toda aquella autoridad o per-

sona que tenga acceso, por cualquier motivo, al protocolo hace posible la divulgación de las disposiciones testamentarias.

✓ El testamento abierto es un testamento público, porque está hecha la declaración de voluntad en un instrumento público, y es un instrumento -- que por la intervención del notario, tiene plena autenticidad ipso jure. Se llama abierto porque la voluntad del testador es conocida del notario y de los testigos. Se llama nuncupativo, ó nuncupare, nombrar, porque generalmente la manifestación de voluntad se hace oralmente. Sin embargo el término nuncupativo no ha sido unánimemente aceptado por las legislaciones para designar al testamento abierto, porque puede darse una minuta -- por escrito al notario que contenga sus declaraciones de voluntad y éste solamente se limita a darles forma y orden e introducirlos en el protocolo, y en el otorgamiento el testador solo se limita a expresar que las -- disposiciones que el notario lee a su presencia y a la de los testigos -- constituye su última voluntad. Por ello, muchas legislaciones emplean el término nuncupativo para designar al testamento verbal.

✓ El testamento cerrado ó secreto, llamado por los romanos testamento místico, es aquel por el que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que se halla contenida en los sobres cerrados que presenta a las personas que han de autorizar el acto. Es una forma híbrida, resultante -- de la adopción de formalidades tanto del testamento abierto como del ológrafo; del abierto se han tomado la presencia de notario y testigos, y -- del ológrafo, la característica de ser secretas sus disposiciones. El uso del testamento cerrado es bastante limitado por que exige formalidades en -- gorroso como la presencia de un número mayor de testigos.

✓ El testamento abierto como público y conocido que puede ser de todos, se puede ejecutar desde el momento de la muerte del testador, que es cuando se hace irrevocable y tienen plena efecto todas sus disposiciones. No ocurre lo mismo con el testamento cerrado, que por ser secreto su contenido no son conocidas sus disposiciones; para que se pueda ejecutar el testamento cerrado es necesario que se verifique la apertura y publicación del mismo, lo cual puede hacerse una vez fallecido el testador, de donde resulta que las disposiciones contenidas en el testamento cerrado son secretas hasta el momento de su apertura y publicación.

Son testamentos privilegiados: el testamento militar y el testamento marítimo, formas que se encuentran reguladas en el Capítulo IV del Título III, Libro Tercero del Código Civil.

No contempla nuestra legislación al testamento ológrafo, que es --- aquel hecho por el testador de su puño y letra, fechado y firmado por el mismo testador. El testamento ológrafo, en aquellos países donde existe, es considerado como testamento solenne, ordinario ó común, y su aceptación ha sido amplia en las legislaciones modernas.

Tampoco acepta nuestra legislación el testamento verbal, no obstante que dicha forma testamentaria existió como testamento privilegiado fue su primida por la ley de 29 de abril de 1910. El testamento verbal ha sido suprimido en la mayoría de las legislaciones por la frecuencia con que se presta a fraude.

PARTE SEGUNDA

EL TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN EL SALVADOR

Sumario:

CAPITULO PRIMERO: *DEL TESTAMENTO SOLEMNE EN
GENERAL.*

CAPITULO SEGUNDO: *DEL TESTAMENTO SOLEMNE
ABIERTO, NUNCUPATIVO O
PUBLICO.*

CAPITULO TERCERO: *DEL TESTAMENTO SOLEMNE
CERRADO.*

CAPITULO CUARTO : *INVALIDEZ E INTERPRETACION
DE LOS TESTAMENTOS.*

CAPITULO PRIMERO

DEL TESTAMENTO SOLEMNE EN GENERAL

I.- EL PRINCIPIO "LOCUS REGIT ACTUM"

La regla que establece que la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar donde estos se realizan es una de las más antiguas y notorias que existen en el Derecho Internacional Privado. Tal regla es conocida con el nombre de "locus regit actum".

Se pretendió encontrarla aplicada en algunas disposiciones del Derecho romano, citándose al efecto la ley 34 de Reg. Juris., L 17 del Digesto y la ley 9 del Código, de Testamentis, VL, 23; pero, en realidad, los textos de una y otra ley no se refieren precisamente a las formas de los actos jurídicos.

Para lo que sí está perfectamente comprobado es que los post-glosadores se valieron de esta regla para resolver de alguna manera las frecuentes dificultades que se presentaban con motivo de los testamentos. - El caso especial que al efecto sirvió para sus discusiones, se hizo célebre. En Venecia, para la validez de un testamento se exigía la presencia de dos testigos, mientras que según el derecho común de Italia era necesaria que comparecieran siete. El problema que entonces se planteó fue - resolver si el testamento hecho por un extranjero, de acuerdo con las formas locales de una ciudad determinada, sería válido y produciría sus efectos respecto de los bienes situados en un país regido por leyes diferentes. Bartolo y sus discípulos admitieron y popularizaron la regla, no obstante la ruda oposición que encontraron de parte de los jurisconsultos de la escuela Realista, los que durante mucho tiempo continuaron combatiéndola, especialmente los estatutarios de la escuela francesa y de la holandesa, porque naturalmente, aún cuando unos y otros reconocían la necesidad de recurrir a ella, comprendían que al aceptarla, abrían una brecha al principio de la territorialidad, del cual eran todos decididos partidarios. Además, tropezaban con la dificultad de encontrar cómo incluirla en la clasificación de los estatutos, si correspondería a los personales o a los reales. Demoulin había demostrado la diferencia entre las condiciones de fondo y las que se refieren propiamente a la forma de los actos; y de ahí que se estableciera la regla como un estatuto mixto, con el carácter obligatorio de todo estatuto. Pero no obstante las objeciones formuladas por unos y otros, la naturaleza de las cosas y la fuerza de la necesidad, hicieron triunfar la regla, que al fin se impuso, si bien limitándose un tanto su carácter obligatorio.

En el proyecto del Código Francés, se consagró expresamente la regla, al decir: "La forma de los actos se rige por las leyes del país en que se han ejecutado o celebrado". Combatido este artículo en el Tribunalado, por estimarse deficiente su redacción, aunque se reconocía que él contenía una máxima de derecho que jamás había sido discutida, fue suprimido, aunque dicha disposición fue reproducida en otros artículos, como el 47, en lo referente a los actos de estado civil.

No obstante que la regla, de que la ley del país en que se realice el acto es la que debe regir las formas, se presenta tan sencilla en apariencia, no por eso dejan de existir confusiones, porque no se han fijado con precisión los límites y el alcance que debe tener; y de ahí que el parecer de los tratadistas respecto de ella no se muestran uniformes, por más que todos estén de acuerdo en reputar el adagio locus regit actum como un principio incontestable.

Acto significa el hecho o acción jurídicos, la declaración de voluntad; pero también se entiende en el sentido material de documento. La palabra forma se presta asimismo a interpretaciones, porque además de sig-

nificar la figura o determinación exterior de las cosas, puede entenderse en el sentido de estar conforme a las reglas del derecho y prácticas establecidas; según fuere la aceptación en que se la tome, quedarán sujetas a la ley del lugar donde se celebran, aquellas formalidades que se refieren a la esencia misma del acto o contrato, o sea las intrínsecas. Para que un acto jurídico sea válido debe llenar las condiciones de fondo y las de forma. Así, para que un testamento sea válido, no basta que el testador sea legalmente capaz (formas intrínsecas), sino que es indispensable además, que la voluntad haya sido expresada de una manera especial, es decir, de acuerdo con las formalidades extrínsecas.

Se han dividido las formalidades en: habilitantes, intrínsecas o viscerales, extrínsecas y de ejecución. Las habilitantes son aquellas que convierten en capaces, para realizar determinados actos, a personas que por razón de su estado eran incapaces para ello, como la autorización de las personas que tienen la patria potestad para que puedan casarse los menores de edad, la asistencia del tutor o curador, la autorización judicial, etc.; formalidades que en realidad están comprendidas en el estatuto personal. Las formalidades intrínsecas o viscerales son las que constituyen la esencia misma del acto, tales como el consentimiento en la compraventa, la cosa objeto del contrato, etc. Las extrínsecas o instrumentales, son las verdaderas formas del acto, las que indispensablemente deben observarse para realizarlo, ya como manifestación de la voluntad, del consentimiento, o como medio de proporcionar la prueba. Las de ejecución son aquellas que debe cumplir la persona para que el acto produzca los efectos que de él se originan, como la inscripción en el Registro en caso de una hipoteca, etc.

El principio *locus regit actum* solo se aplica a las formalidades extrínsecas de los actos, y los tratadistas están de acuerdo en que no se aplican a las habilitantes y viscerales porque dichas formalidades se rigen por el estatuto personal y no por el estatuto formal. Las formalidades de ejecución se rigen por la *lex fori*, en consecuencia no se les aplica la regla de que tratamos. En cuanto a la constitución y transferencia de los derechos reales, vemos que está sometida a la *lex rei sitae*.

Toca a continuación examinar el fundamento de la regla y cómo se justifica su aceptación. Los estatutuarios, a pesar de que consideraban este principio como una derogación a los rígidos preceptos de las leyes territoriales, lo admitieron, sin embargo, tomando por fundamento la imperiosa necesidad de facilitar la vida jurídica internacional.

Este criterio se ha mantenido hasta en la actualidad y se acepta ante la imposibilidad en que se encontrarían los individuos que tuvieran que hacer operaciones jurídicas en el extranjero, si no pudieran acudir a las formas del país donde se encuentren. Es por lo menos, muy difícil conocer las formalidades exigidas por la ley del país donde el acto deba producir sus efectos, y en muchos casos, será imposible al extranjero llenar las formalidades que su ley nacional determina, pues podrá ocurrir que las autoridades del país, se nieguen a intervenir en la forma y modo que exija la ley del extranjero, exponiéndolo así a nulidades por incumplimiento de algunos requisitos legales, imposibilitando de esta manera la realización de actos jurídicos, lo que equivaldría a paralizar el desarrollo de las transacciones privadas entre individuos de distintos Estados.

Además de fundamentarse el principio *locus regit actum* en una necesidad práctica, existen razones de orden teórico de suma importancia. Así tenemos que Marlín dice: "no es por un simple motivo de conveniencia por lo que, respecto de la forma probatoria de los actos, se ha dado la preferencia sobre todas las demás leyes a las del lugar en que aquellos se

han estipulado, sino que hemos fundado esta elección en principios verdaderos. En efecto, los actos toman, por decirlo así, sustantividad en el lugar en que se realizan; la ley del lugar es la que los da fuerza y vida; ésta debe ser por consiguiente, la que determine y rijas la forma".

Pillet dice que la regla mencionada por una parte contribuya a la protección de los intereses de los individuos y por otra representa en cierta forma una idea de orden; pero también afirma que la validez internacional de un acto hecho conforme a la ley del lugar donde se efectuó, es una condición indispensable al establecimiento de toda comunidad jurídica, fundada sobre la aplicación armónica de las diversas leyes positivas.

Para B. Vilaque los actos jurídicos son declaraciones de voluntad hechas de acuerdo con la ley, que, al darles forma les imprime fuerza operativa y valor social. Para la sociedad internacional poco importa que sea la ley del país A o del país B la que fecunda la voluntad individual por el influjo de la ley; en virtud de ella fue legítimamente adquirido el derecho y en tal concepto debe ser respetado.

El principio *locus regit actum* se refiere a las formalidades extrínsecas y en ello hay acuerdo unánime, de tal suerte que los actos efectuados observando las formalidades establecidas por la ley del lugar donde se realizaron, se consideran válidas en todas partes. Pero en cuanto a sus efectos y alcances no hay el mismo acuerdo, pues mientras unos tratadistas opinan que solo se refiere a los actos públicos y no a los privados, otros sostienen que la regla debe aplicarse tanto a los actos públicos como a los actos privados.

Nuestra legislación contempla, en forma general, el principio *locus regit actum* en el artículo 17 C. al decir: "La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles. La forma se refiere a las solemnidades externas; y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se expresa".

Esta disposición es deficiente, porque solo se refiere a las solemnidades o forma de los instrumentos públicos; pero se completa con el inciso 2o. del Art. 16 que dá valer en El Salvador a los contratos otorgados válidamente en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país y con otras disposiciones del Código; así el Art. 116, reconoce la validez del matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, y el artículo 1021, reconoce la validez del testamento otorgado en el extranjero si se han observado en él las solemnidades prescritas por la ley del otorgamiento, sin otra limitación que la de ser un testamento solenne.

La ley no habla de los instrumentos privados porque éstos, generalmente, no están sujetos a regla en su otorgamiento, sino a la voluntad de las partes; pero en los casos en que la ley local haya prescrito formas especiales deberán ajustarse a ellas los interesados.

De todo lo dicho se infiere que, los testamentos deben tener las formas requeridas en el lugar del otorgamiento, cualquiera que sea la nacionalidad o el domicilio del causante. En nuestro medio esta afirmación es válida, porque se admite la validez de un testamento otorgado en el extranjero no importando que su autor sea salvadoreño o extranjero, pues basta que se hayan observado las solemnidades exigidas por la ley del país en que se otorga.

En cuanto al tiempo, ¿qué ley ha de aplicarse a las formas testamentarias? La validez del acto testamentario depende siempre de la observan-

cia de la ley que rija al tiempo de hacerse. Así tenemos, que una ley o reforma posterior no cambia la situación jurídica del acto, ni a favor ni en perjuicio del mismo, aunque dicha ley o reforma sea dada viviendo el testador. Por ejemplo, si una nueva ley establece otra forma testamentaria, para el caso del testamento ológrafo, los testamentos ológrafos otorgados en nuestro país con anterioridad a dicha ley no tienen validez, son inexistentes; si por una reforma, como sucedió con la actual ley de Notariado, se requiere de una cantidad menor de testigos, si en el testamento hecho antes de la reforma mencionada no comparecieron el número requerido en ese entonces para la validez del acto, el testamento es nulo, no impidiendo que por la reforma introducida dicho testamento tenga el número de testigos requeridos. Se aplica en esta materia el principio *tampus regit actum*, o sea que las formas se rigen por la ley vigente al tiempo de realizarse el acto testamentario.-

II.- REQUISITOS COMUNES A TODO TESTAMENTO SOLEMNE

La forma testamentaria es el conjunto de requisitos que la ley establece para poder expresar válidamente la declaración de última voluntad. Existen requisitos que son comunes a todo testamento, sea este solemne o privilegiado; pero también existen requisitos que sólo son comunes a las formas solemnes, y de ellos nos ocuparemos a continuación.

Los requisitos comunes a las formas solemnes admitidas por nuestra legislación son: a) los testamentos solemnes son siempre actos notariales; y, b) los testamentos solemnes son siempre escritos.

Los testamentos solemnes se otorgan siempre ante notario debidamente autorizado. La intervención de notario en el otorgamiento de esta clase de testamentos los diferencia de las formas solemnes o privilegiadas que se otorgan ante ministros de fe, o sea ante personas que no tienen calidad de notario.

En nuestro medio, el notario es un delegado del Estado que ejerce una función pública para robustecer, con presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados. En esta definición se ve claramente que quedan comprendidos los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil, los Jefes de Misión Diplomática Permanente y los Cónsules de Carrera en los casos en que ejercen función notarial. El anterior concepto nos da una mejor idea de lo que es un notario que el contenido en el Art. 1 de la Ley de Notariado que dice: "el notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficinas se otorgan y de otras actuaciones en las cuales intervenga, todo de conformidad con la ley".

En el testamento abierto, la intervención del notario contribuye a la claridad y precisión de las disposiciones testamentarias y al uso de un lenguaje técnico; previene los captaciones, asegurando la libertad del testamento.

En el testamento cerrado hay dos partes que lo integran: el cuerpo del testamento, que en nuestro país debe constar por duplicado, y las actas de los carátulas, estas últimas son actas notariales que se protocolizan. Siendo el cuerpo del testamento un acto ajeno a la intervención del notario, que emana exclusivamente del testador, no se extiende hasta él lo naturaliza el instrumento auténtico que poseen los carátulas, y es úni-

comenta un instrumento privado. Solo valdrá el cuerpo del testamento como escritura pública después de su protocolización. La intervención del notario en el testamento cerrado tiene por objeto evitar que se conozca el contenido del testamento; a tal efecto, el notario debe tener especial cuidado de que los sobres que contienen el cuerpo del testamento queden perfectamente cerrados, y que no puedan abrirse dichos sobres sin que queden señales evidentes de que han sido abiertos.

En los testamentos privilegiados no se requiere para su otorgamiento la intervención de un notario; sin embargo, dichos testamentos se otorgan ante ministros de fe, que pueden ser funcionarios militares, jefes militares u oficiales navales, que en cierto modo ejercen una especie de función notarial. Digo que ejercen en cierto modo una función notarial, porque los ministros de fe dan fe de que ante ellos se otorgó un testamento privilegiado. No obstante esa circunstancia no podemos decir que existan formalidades notariales en esa clase de testamentos.

Por último, es requisito común a todo testamento solemnemente escrito; así lo indica el Art. 1006 al decir: "El testamento solemnemente escrito". El artículo citado considera la escritura como de la esencia del testamento solemnemente escrito, es decir, como una solemnidad cuya inobservancia afecta la esencia del acto. Ahora bien, será la escritura un requisito o solemnidad de los testamentos solemnemente escritos, o, por el contrario, es la escritura una característica de todo testamento, sea este solemnemente escrito o privilegiado.

En mi opinión, en la legislación salvadoreña el testamento tiene como característica ser siempre un acto escrito; la escritura no es solemnemente un requisito de los testamentos solemnemente escritos sino también de los privilegiados. El Art. 1006 se refiere solo a los testamentos solemnemente escritos, pero ello se debe a que antes existía como testamento privilegiado el verbal, por lo tanto no todos los testamentos privilegiados eran escritos. Al suprimirse el testamento verbal por ley de 29 de abril de 1910 la escritura dejó de ser solemnidad solo de los testamentos solemnemente escritos para serlo también de los privilegiados. Digo lo anterior porque si examinamos las disposiciones del Capítulo IV, Título III del Libro III del Código Civil, encontramos que los testamentos privilegiados siempre deben constar por escrito.

El testamento documento que la doctrina diferencia del testamento nudo, es una contraposición entre el instrumento que contiene las últimas voluntades y esas últimas voluntades. El contenido es un acto y el documento una cosa. Sin embargo, en nuestra legislación ambas nociones se confunden porque es imposible separarlos, pues no hay voluntad testamentaria sin documento escrito.

Aunque el Art. 996 al definir el testamento no dice que debe ser un acto escrito, el Art. 1006 y las disposiciones que regulan los testamentos privilegiados nos dan la pauta para pensar que la escritura es una característica de todo testamento sea este solemnemente escrito o privilegiado. Y es que la ley al exigir que el testamento sea un acto escrito, por medio de dicha característica trata de asegurar la certeza respecto de un acto tan trascendental, pues de lo contrario la voluntad del testador quedaría entregada a la incertidumbre o la fragilidad de la memoria de los testigos y a todos los peligros de la prueba testimonial. Esta solución es la que predomina en el derecho moderno, pues se considera la escritura como de la esencia o existencia del testamento.-

III.- DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES

Testigos testamentarios son los que asisten al otorgamiento de un testamento u otra disposición de última voluntad. Dentro de las formalidades del testamento la concurrencia de testigos tiene el carácter de -- una solemnidad necesaria para la validez del acto.

La finalidad e importancia de los testigos testamentarios es que éstos contribuyen a la solemnidad del acto; además, su intervención es una garantía de seriedad, de la libertad con que se otorga el testamento, -- pues los testigos controlan al notario robusteciendo la fe que éste da sobre las disposiciones de la última voluntad insertas en el testamento y aseguran la regularidad de todas las formalidades que se desenvuelven en su presencia. La asistencia de testigos es un requisito de verdadera solemnidad, más bien que de prueba, pues su intervención para que den -- testimonio del acto, y las formas de ellos, garantizan la verdad de lo ocurrido; así, en caso de impugnación del testamento, los testigos tienen el doble carácter de requisito de solemnidad y de prueba. Es indudable, pues, que siendo el testamento un acto formal la intervención de -- testigos tiene el carácter predominante de solemnidad o requisito esencial de forma.

La intervención de personas (testigos) al lado de la representación del Estado (reyes, obispos, jueces, notarios), es muy antigua, pudiendo verse su presencia en los diferentes cuerpos legales de todas las épocas. Unas veces la intervención de los testigos tenía un carácter público -- bien marcado, constituyendo un modo de solemnidad oficialísima, reconociendo el Estado en ellos a los que pudieran llamarse delegados de la sociedad cerca de quien dispone de su patrimonio para después de su muerte; otras veces la intervención de los testigos no se ha considerado nada -- más que como un procedimiento sencillo de reforzar la existencia del testamento y evitar la posible suplencia o desviación de la voluntad del testador.

En los primeros tiempos del Derecho romano, en la época del testamento in comitis calatis, no se requería de la presencia de testigos, -- era el mismo pueblo el que directamente intervenía aprobando el testamento; pero más tarde, cuando el testamento se transformó en acto privado, se exigió la intervención de testigos y su participación fue considerada como el ejercicio de una función pública. Este carácter público de la intervención testifical en el derecho romano fue seguido por la antigua legislación española, y modernamente vemos que lo siguen algunas legislaciones de los países de la comunidad británica de naciones.

Para Chironi el testigo es un pequeño notario; Laurant sostiene que los testigos representan a la sociedad, y para Zacharia, son los depositarios de la potestad pública. Según Krug, los testigos no ejercen una función de notario, puesto que éste es quien da autenticidad al acto y aquellos son notificados del mismo, y por último para otros no ejercen una función pública, sino que al asegurar la libre voluntad del testador, realizan un servicio civil de notaría importancia.

Sin embargo no puede desconocerse, aunque sea en forma atenuada, el carácter público de la intervención testifical. Por eso dice el profesor Puig Peña (15) que cuando el rigor estatal controla oficialmente estos momentos culminantes de la existencia de los ciudadanos e interfiere en el acto por medio de sus representantes, entonces, naturalmente, la presencia de los testigos pierde aquel carácter público para constituir una solemnidad de Derecho privado. Ahora bien, continúa diciendo, a diferencia de lo que ocurre en los actos o negocios jurídicos enlazados con el desarrollo de la vida, en estos negocios proyectados sobre la muerte de

(15) Puig Peña; Ob. citada, Tomo VI, Vol. I, Pág. 165.-

las personas, la necesidad de mayor seriedad y garantía ha aconsejado -- siempre que las solemnidades requeridas son solemnidades sustanciales, no de mera prueba, y por ello la presencia de testigos es requisito ad-sustantias, cuyo incumplimiento produce efectos demolidores. Concluye diciendo el profesor Puig Peña, que la presencia de testigos en los actos testamentarios es un recuerdo respetuoso del antiguo Derecho y una sublimación del momento; y su presencia en los actos testamentarios debe figurar en aquella zona intermedia que recibe su vida de los derechos público- y privados, porque los dos quieren intervenir, aunque ninguno con tanta fuerza que pueda totalmente anular al otro.

Siempre el Estado ha tomado una posición especialísima frente a la intervención testifical en los actos mortis causa y las donaciones entre vivos, ello ha determinado que la actuación de los testigos tenga una regulación concreta y específica en torno a los problemas de capacidad. En la mayoría de las legislaciones, la capacidad de los testigos testamentarios tiene una regulación especial, a diferencia de la regulación general sobre su capacidad para intervenir en otros actos.

Se da el nombre de idoneidad de los testigos a la capacidad para serlo. Así cuando se exige la concurrencia de testigos idóneos se quiere indicar que los testigos no tengan ninguna de las causas de incapacidad que la ley enumera. Habilidad también es sinónimo de capacidad y de idoneidad, y en los diferentes textos legales se usan indistintamente los tres términos.

La mayoría de las legislaciones enumeran quienes no pueden ser testigos, o sea que utilizan un sistema negativo, porque se dice quienes -- son incapaces de serlo. Se entenderá, por lo tanto, que son capaces todos los que no estén especialmente excluidos. Existen otras legislaciones que tienen un sistema positivo al enumerar en forma taxativa todos los requisitos de capacidad que deben reunirse para poder intervenir como testigo.

En presencia del sistema negativo de capacidad, pueden hacerse las siguientes consideraciones, 1a.- En principio existe una presunción de capacidad, pues quien alegue la incapacidad, o funde su acción en ella -- debe probarla; 2a.- Esta situación general de capacidad debe compaginarse con una investigación previa sobre el estado y condición de las personas llamadas a servir como testigos; 3a.- La necesidad de defender la validez del testamento cuando ha intervenido absoluta buena fe puede aconsejar la aceptación en determinadas ocasiones de una especie de capacidad putativa; y 4a.- Las situaciones de capacidad o incapacidad deben examinarse siempre en relación con el tiempo de la formación del testamento.

Capacidad putativa puede suceder que la inhabilidad que afecta a alguno de los testigos no sea fácil conocerla por no aparecer en el aspecto físico del testigo, ni en su manera de comportarse, es decir que -- sea reputado hábil para ser testigo; este testigo en principio incapaz, -- debe ser considerado como capaz si, según la opinión general, fuere tenido como tal. A esta apariencia de capacidad se le da el nombre de capacidad o habilidad putativa, y por ella se evita que los efectos de la incapacidad real se produzcan y tengan como consecuencia la nulidad del acto testamentario.

La capacidad putativa debe reunir, en consecuencia, los requisitos siguientes para que pueda ser invocada:

1a.- que la incapacidad no se manifieste en el aspecto o comportamiento del testigo; o sea, que es indispensable que todos los que intervienen en el testamento, testador, notario y demás testigos estén en buo

na fe en la apreciación que hacen al considerar capaces y hábiles para el otorgamiento del testamento a todos los testigos que en él figuran.

2º.- Que se ignore generalmente en el lugar donde se otorgue el testamento la incapacidad del testigo. El error de los demás que intervienen en el otorgamiento del testamento, no debe ser solamente de ellos, sino resultar de la ignorancia general de los vecinos del lugar, es decir, que sea un error común.

3º.- Que la opinión general que considera capaz al testigo se funda en hechos positivos y públicos. O sea, que estos hechos realizados a la vista de todos y debidamente conocidos son los que han hecho formarse al público en general la opinión de la capacidad del testigo, por lo que podemos considerar que en este caso se trata de una especie de posesión notoria del estado de capacidad los que por vicia el error en cuanto a tal calidad.

LEGISLACION SALVADOREÑA.- En nuestra legislación los testigos testamentarios han tenido diferentes regulaciones. Desde la promulgación del Código Civil hasta que entró en vigencia la actual Ley de Notariado, se ocupaba de regular la intervención de los testigos testamentarios el Código Civil en forma concreta y específica, contenía normas relativas a las incapacidades y a la habilidad putativa que los eran aplicables solo a ellos. Era un sistema negativo por cuanto no contenía disposiciones que indicaran los requisitos que debía reunir la persona para poder intervenir como testigo en un testamento. A partir de la promulgación de la Ley de Notariado vigente, se suprimió la regulación específica que había existido para los testigos testamentarios y se adoptó un sistema general en cuanto a la capacidad testifical en todos los actos notariales.

La ley de Notariado contiene un sistema mixto, pues por una parte de reglas de capacidad y por otra, establece incapacidades para la intervención testifical en los actos notariales. Solo existe una regulación especial de capacidad de los testigos aplicable a los testamentos; la contenida en el numeral 4º. del Art. 40. Las normas que regulan la intervención testifical en los actos notariales están contenidas en el artículo 34, para los actos notariales en general, y cuando se trata de testamentos se aplican, además, los numerales 2º. y 4º. del artículo 40.

Art. 34. No será necesario la concurrencia de testigos de asistencia al otorgamiento de instrumentos públicos o de cualquier otro acto notarial excepto cuando se trate de testamentos y de donaciones de cualquier clase. Sin embargo, el notario podrá hacerlos intervenir si lo creyere conveniente, y, en todo caso, cuando alguno de los otorgantes lo pida expresamente o cuando sea ciego, mudo, o no supiere expresarse en el idioma castellano.

Los testigos instrumentales serán dos, de uno u otro sexo, mayores de dieciocho años, conocidos del notario y domiciliados en la república. Este último requisito no será necesario cuando el instrumento se otorgue ante agente diplomático o consular. En todo caso, los testigos deberán saber leer, escribir, hablar el idioma castellano y tener profesión u oficio.

No podrán ser testigos los dementes, los ciegos, los mudos o los sordos; los condenados por delitos contra la propiedad o por falsarios; los que tengan interés conocido en el acto o contrato y el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario o de alguno de los otorgados.-

Art. 40.- Los testamentos solemnemente otorgados se otorgarán de conformidad con las disposiciones del Código Civil, con las modificaciones siguientes:

No.- 1.- Sólo

No. 2.- Los testigos podrán ser de cualquier sexo y deberán reunir las condiciones expresadas en el artículo 34.

No.- 3.- En los testamentos abiertos, los testigos serán siempre en número de tres; pero en los testamentos cerrados bastará la concurrencia de cinco testigos.

No. 4.- Será indispensable que los testigos conozcan al testador, pero en los casos en que deben concurrir cinco será suficiente que tres de ellos lo conozcan. Si el notario no conociere al testador, lo identificará por medio de los mismos testigos, su cédula de identidad o por cualquier otro medio idóneo a juicio del notario.

De las disposiciones transcritas se concluye que, para poder intervenir como testigo en un testamento, la persona debe reunir los siguientes requisitos:

1o.- Ser mayor de dieciocho años de una y otro sexo.-

Al fijar la ley un mínimo de dieciocho años para la intervención testifical ha considerado que a esa edad la persona tiene ya la madurez de conciencia y la experiencia necesaria para desempeñar esa función. La prueba de ello es que la mayoría de las legislaciones modernas mantienen criterios orientados a eliminar la restricción testifical para los menores de edad y fijar la capacidad a una edad menor.

La Ley de Notariado suprimió la incapacidad de la mujer para testificar en los testamentos y ello es digno de alabanza, puesto que dicha incapacidad no podía justificarse ni desde el punto de vista filosófico ni desde el utilitario. Para justificar la incapacidad de la mujer se ha hablado del matiz público de la función testifical que ella no puede desempeñar, y algunos autores hablaron de la condición débil de la mujer que podía determinar la intimidación suya aceptando falsas manifestaciones de voluntad. Los autores más intransigentes apelaron, incluso, al falso e ineluctable argumento de la inferioridad mental. Todos esos argumentos han sido rechazados por la moderna corriente del Derecho, pues se desprecia lógicamente la de la inferioridad mental, se pone en duda la susceptibilidad de intimidación y se ha aceptado el escaso matiz público de la aptación testifical en los actos notariales. Ha triunfado modernamente la corriente que establece la igualdad de derechos para ambos sexos y nuestra legislación se ha puesto acorde a tal corriente.

2o.- El testigo debe ser conocido del notario.-

El fundamento de este requisito de capacidad es que el notario esté en condiciones de saber si el testigo es capaz, como un medio de asegurar la validez del acto en que interviene. Actualmente hay gran difusión de los documentos de identificación, pero ellos no suplen el conocimiento personal que el notario requiere de las personas que intervienen como testigos. Debe considerarse que por el hecho de conocer al notario al testigo sabrá en realidad de qué persona se trata cuando hay varias que ostentan igual nombre, sabe sobre el parentesco que pudiera existir entre el notario, testador y el testigo; y además, cuando lo conoce podrá saber si es demente, si está interdicta, etc. Por algo el notario es un órgano de la fe pública y a él se confía la seriedad y validez del acto.-

38.- El testigo deberá estar domiciliado en la República.-

La razón de ser de esta disposición es que siendo los testigos del domicilio de la República en cualquier momento puedan ser llamados a declarar sobre lo que ante ellos ocurri6, lo cual sería imposible o sumamente difícil si los testigos fueran personas no domiciliadas en el país. Lo dicho se aplica a los actos notariales en general, pero en los testamentos hay que tener en cuenta que los testigos solo podrán ser llamados a declarar después de la muerte del testador, que es hasta cuando surge el juicio sucesorio. También, tratándose de testamentos, es importante este requisito para la apertura y publicación del testamento cerrado, -- porque en este caso tienen que comparecer el notario autorizante y los testigos en las diligencias respectivas, de conformidad a las disposiciones contenidas en el Cap. XXVI, Tit. VII, Libro II del Código de Procedimientos Civiles. La regla tiene una excepción cuando se trata de un testamento otorgado ante Jefe de Misión Diplomática permanente o c6nsul; y la razón de tal excepción es que dicho testamento se otorga en el extranjero.

40.- Los testigos deberán saber leer y escribir.-

Se exige que los testigos sepan leer y escribir con el propósito de que sean personas con un grado de cultura aceptable, pues una persona ignorante puede ser fácilmente engañada respecto de la condición o naturaleza del acto en el que interviene, y para que puedan impensarse del texto mismo de la escritura. También, para que puedan cumplir con el requisito de firmar.-

50.- Los testigos deberán hablar el idioma castellano.-

Todos los actos de cartulaci6n deben redactarse en idioma castellano, no puedan comprender el alcance de lo que consta en el instrumento -- aquellas personas que no hablan dicho idioma, por ello la ley exige que para que la persona pueda comprender tanto la manifestaci6n de voluntad hecha al notario así como el escrito en que consta dicha voluntad, que hable el castellano.

60.- Los testigos deberán tener profesi6n u oficio.-

Al exigir la norma legal que el testigo tenga profesi6n u oficio -- procura evitar en lo posible que intervengan como tales personas propensas a observar una conducta viciada, y por tal motivo, ser participes de fraudes y, en consecuencia, el testamento en que intervinieron no sea la expresi6n de la verdadera voluntad del testador. Al exigirse únicamente que el testigo tenga profesi6n u oficio se establece un precepto más amplio que el contenido en el Art. 4 numeral 10. de la Ley de Estado Peligroso que establece que podrán ser declarados en estado peligroso: los vagos habituales, es decir, los que sin tener medios lícitos de subsistencia y siendo aptos para el trabajo no ejercen profesi6n u oficio, por causas dependientes de su voluntad. Escribo digo que son vagos los que no tienen oficio, profesi6n, renta, ocupaci6n o medio lícito con que vivir. En El Salvador al que carece de profesi6n u oficio, no obstante que puede considerárselo como vago, no se lo puede declarar en estado peligroso por esa sola raz6n. Por ello considero que hubiere sido más apropiado que el legislador en lugar de exigir como requisito de capacidad testifical el tener profesi6n u oficio, que consignara como causal de incapacidad una disposici6n similar a la que contenía el numeral 90. del artículo 1007 C. ya derogada, y la cual decía: "Los de conducta notoriamente viciada, como los obreros habituales, tahurtes de profesi6n, vagos -- etc.".-

7o.- Los testigos deberán conocer al testador.-

Este requisito de capacidad se aplica exclusivamente a los testigos testamentarios, y lo establece el numeral 4o. del artículo 40 de la Ley de Notariado. Se considera indispensable que los testigos testamentarios conozcan al testador con el objeto de evitar la suplantación de la persona, que se menciona como testador, eliminándose así los perjuicios que puedan acarrear los efectos de un testamento falso a los verdaderos herederos; además, los testigos instrumentales pueden a la vez ser testigos de conocimiento, siempre que el notario no conozca al testador y necesita identificarlo por medio de ellos, o crea oportuno hacer la identificación de esa manera. Dice el numeral relacionado que en los casos en que deban concurrir cinco testigos, será suficiente que tres de ellos conozcan al testador, de donde se plantea la interrogante de si se trata de un requisito de capacidad, o por el contrario, es una mera exigencia de la ley. Considero que se trata de un verdadero requisito de capacidad -- que los testigos conozcan al testador; así cuando se trata del testamento abierto, de no conocer alguno de los testigos al testador el testamento es nulo. En cuanto al testamento cerrado, en principio la ley exige que todos los testigos conozcan al testador, pero en virtud del principio del favor testamenti, cuando dos de los testigos no lo conozcan, no obstante tratarse de testigos incapaces por esa razón, la ley los considera hábiles con el único propósito de evitar la nulidad del acto.

La ausencia de cualquier requisito de capacidad establecido por la ley trae como consecuencia la incapacidad del testigo, o sea que el aspecto negativo de cualquier requisito de capacidad es una incapacidad. - Ello implica que el notario autorizan siempre debe seguir una investigación previa a efecto de constatar si todos los testigos son hábiles ya que en nuestra legislación la capacidad testifical no se presume. Si por falta de la investigación mencionada resulta que alguno o algunos de los testigos son incapaces y como consecuencia se declara nulo el testamento, el notario es responsable de la nulidad del acto y el Juez que declare dicho nulidad deberá sancionar al notario con una multa que oscila entre doscientos y quinientos colones, tal como lo prescribe el inciso 2o. del Art. 63 de la Ley de Notariado.

Además de los requisitos de capacidad, la ley establece quienes pueden servir como testigos instrumentales, o sea que se establecen causas de incapacidad. Son incapaces para ser testigos:

1o.- Los dementes.- El demente es incapaz para servir como testigo porque no puede darse cuenta cabal del acto que se ejecuta, de la naturaleza de las disposiciones del testador, o de las declaraciones que hace el otorgante. La incapacidad comprende tanto al interdicto demente, como al demente no declarado en interdicción; al demente interdicto se le aplica la regla general que establece la nulidad de todos los actos civiles en que intervenga, es decir, que no puede alegarse que cuando intervino como testigo se encontraba en un intervalo lúcido. Debe entenderse también que el término demente se aplica a todas las alteraciones de la conciencia, ya sean éstas exógenas o endógenas.

2o.- Los ciegos, los mudos y los sordos.- Se basan estas incapacidades en que en tales casos es imprescindible que el testigo vea, oiga y pueda hablar para manifestar su protesta en caso de que se viole alguna disposición legal, no se consigne realmente la voluntad del otorgante, etc. Examinemos por separado cada una de dichas incapacidades.

Los ciegos no puedan ver al otorgante, ni el pliego que se les presenta para la suscripción y cuando se trata de un testamento cerrado al seguirse las diligencias de apertura y publicación no puede examinar el sobre que contiene el testamento para testificar si ha sido abierto o re-

conocer su firma que consta en el acta notarial asentada en la carátula. Por ello si se admitiera al ciego como testigo instrumental podría suplantarse al testador y además se lo podría hacer firmar documentos extraños al que se prestaba a testificar.

Los mudos no pueden manifestar de palabra lo que ante ellos se ha obrado. La Legislación romana y las Partidas no permitían a los mudos servir de testigos en los testamentos, porque las explicaciones que posteriormente pudieran dar serían únicamente por signos equívocos que no proporcionarían nunca al juzgador evidencia de lo que en el testamento habían entendido o visto. Sin embargo, hay autores que se pronuncian por la supresión de la incapacidad del mudo por carecer dicha incapacidad, afirman, de todo fundamento. Dichos autores dicen que el mudo puede perfectamente explicar su pensamiento por signos o por escrito. Por último, hay tratadistas que se inclinan por una solución intermedia y aceptan la capacidad del mudo cuando éste sepa escribir, pues en tal caso sí pueden explicar su pensamiento.

Sobre la incapacidad del sordo también se encuentran divididas las opiniones de los autores; unos dicen que esta incapacidad no tiene razón de ser porque existen sordos que se dan perfecta cuenta del acto que se realiza a su presencia ya que pueden entender por el movimiento de los labios que hace el otorgante al hablar y comprenden por esa circunstancia la declaración de voluntad que ante ellos se hace; otros dicen que el sordo no oyendo nada no puede enterarse de las disposiciones del testador; por último, ciertos tratadistas, adoptando una posición intermedia; consideran que debe aceptarse la capacidad del sordo cuando éste sabe leer, ya que por medio de la lectura se da cuenta del contenido del acto. Nuestra legislación ha establecido la incapacidad del sordo, porque éstos no perciben ni entienden lo que se dice, en consecuencia, no pueden oír la lectura del testamento nuncupativo, ni la declaración del que presenta su testamento cerrado; por no poder oír, el sordo no puede darse cuenta si durante el otorgamiento del acto han existido amenazas en el testador, protestas de éste u otras circunstancias que puedan hacer variar totalmente su significado. Para concluir el análisis de esta incapacidad, es necesario indicar que es imprescindible que la sordera impida al testigo oír lo que dice el testador y todas las personas que concurren al acto, por lo tanto, no serán incapaces aquellos que solo sufren de disminución de la capacidad auditiva o aquellos que para poder oír utilizan algún medio mecánico como el audífono.

3o.- Los condenados por delitos contra la propiedad o por falsarios. Todo individuo que haya sido condenado por la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos V Parte Primera, II Parte Segunda, III Parte Segunda Capítulos I y II y Título IV Parte Cuarta Capítulo I del Libro Segundo del Código Penal la ley lo considera que no es digno de fe para que pueda servir como testigo en un acto notarial. La comisión de los delitos comprendidos en el Título V Parte Primera del Libro Segundo del Código Penal, o sean los delitos contra la propiedad, lleva implícito un ánimo de lucro de parte de su autor; el delincuente, en estos casos, obtiene un provecho económico como resultado de la comisión de ellos, y los ejecuta o bien mediante la violencia o mediante el engaño de la víctima. Al que ha sido condenado por cualquiera de los delitos contra la propiedad la ley lo considera incapaz para servir como testigo, por la desconfianza que infunde su persona, ya que si por medio de violencia o engaño se ha lucrado con bienes que no le pertenecen o ha defraudado a personas, es de esperarse que por venalidad se presten a una suplantación, o la violencia sobre el otorgante o a declarar sobre algún vicio inexistente que acarrea la nulidad del acto. En lo que se refiere a testamentos también puede agregarse, que siendo la testamentifacción una consecuencia del derecho de propiedad, no puede aceptarse como testigo en dichos actos a personas que atenten contra dicho derecho.

Falsario, dice Escribano, el que comete crimen de falsedad; esto es, el que adultera, corrompe, falsifica o contrahece alguna cosa, y el que niega, altera o disfraza la verdad en perjuicio de otro. La ley dice que no podrá ser testigo el condenado por falsario, es decir aquellos que han sido condenados por cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos II Parte Segunda, III Parte Segunda Capítulo I y II y Título IV Parte Cuarta Capítulo I del Libro Segundo del Código Penal. El fundamento de esta prohibición no puede ser más evidente, en cuanto los hechos que la motivan engendran una presunción contraria a la condición indispensable de fidedignidad de los testigos que han sido condenados por los delitos de falsificación de documentos públicos o privados, o por el de falso testimonio, etc.-

La condena de que habla la ley debe ser firme, es decir, que contra la sentencia condenatoria no haya ya ningún recurso. Respecto a los efectos que puede producir un indulto o una amnistía que favorezca al condenado en la incapacidad para ser testigo, podemos decir que la amnistía - además de que hace cesar los efectos corporales de la condena, borra el delito y el favorecido es considerado como si nunca lo hubiera cometido, por eso considere que hace cesar la incapacidad que sufría el condenado; en cambio el indulto solo hace cesar los efectos corporales de la pena y deja subsistente los efectos civiles de la sanción penal, en consecuencia el favorecido por el indulto no deja de ser incapaz para servir como testigo.

40.- Los que tengan interés conocido en el testamento.- Se refiere esta incapacidad a los beneficiados por el testamento. Segovia dice que los beneficiados por el testamento no tendrían la imparcialidad necesaria a todo testigo; y porque si fueren admitidos, se abriría una puerta a la falsificación, vergonzoso expediente a que recurren la avaricia y la miseria misma. Son favorecidos en el testamento y por lo tanto tienen interés en él, los asignatarios, los beneficiados con un cargo conferido en el testamento como los tutores y curadores, el partidor designado, el que se le reconoce como hijo natural en el testamento el alimentario etc. Por carecer de imparcialidad los beneficiados en el testamento, están interesados siempre en que no se declare la nulidad del testamento donde se los beneficia.

Además de ser interesado en el testamento por constituirse en dicho acto un beneficio para el testigo, el interés debe de ser conocido y constar del testamento mismo. Ahora bien, cabe preguntarse si es capaz el beneficiado por alguna disposición contenida en un testamento cerrado, considere que al beneficiado en un testamento cerrado no se le puede considerar como testigo incapaz, porque su interés no es conocido, aún cuando se sea incapaz de ser asignatario.

50.- El cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del notario o del testador.- La incapacidad de los testigos por su parentesco con el notario se ha establecido para darle prestigio y fama a la función notarial. La ley quiere que el notario actúe con entera independencia; no solo debe ser una persona honorable, sino que debe estar completamente desvinculado de los testigos. De no existir la incapacidad se podría, con relativa facilidad, fraguar el testamento con la complicidad de los testigos, complicidad que lo sería fácil obtener de ser éstos su cónyuge o parientes. En cuanto a la incapacidad del cónyuge y parientes, del testador, está establecida por la influencia que pueden tener sobre el testador; de aceptar la capacidad testifical de los parientes o cónyuges del testador sería abrir la puerta a testamentos que no serían la expresión libre y espontánea de la volun-

tad de su autor. La ley no habla de parientes legítimos o ilegítimos y -- por ello no puede hacerse distinción debiéndose aceptar que la incapacidad comprende tanto a los parientes legítimos como ilegítimos del testador.

La capacidad de los testigos instrumental debe existir al momento de otorgarse el testamento, porque aunque la ley de Notariado no lo dice expresamente, debe entenderse así ya que no tiene relevancia jurídica -- que sea en otro tiempo que el del otorgamiento del acto cuando los testigos tengan plena capacidad para actuar como tales. Es necesario recordar que la ley exige que la testamentifacción se tenga en el momento de otorgarse el acto testamentario y las razones que se pueden dar para exigir la testamentifacción al momento de otorgarse el testamento se pueden dar para exigir la capacidad testifical.

En cuanto a la capacidad putativa del testigo en los actos de cartulación, nuestro sistema notarial no la admite por dos razones: en primer lugar, porque no dice expresamente la Ley de Notariado que debe admitirse; y en segundo lugar, porque la Ley de Notariado de normas que establecen la capacidad testifical y a la vez señala incapacidades para ser testigo instrumental, por tales circunstancias la ley obliga al notario a cerciorarse previamente sobre la capacidad de las personas que comparecerán como testigos en el instrumento que ante sus oficios se otorgará.-

Teniendo como característica, en nuestra legislación, ser actos notariales los testamentos abierto y cerrado, no se admite la capacidad putativa de los testigos. Pero en los testamentos privilegiados si se admite la capacidad putativa de los testigos, de conformidad al Art.1025 C.-

CAPITULO SEGUNDO

DEL TESTAMENTO SOLEMNE ABIERTO, NUNCUPATIVO O PUBLICO

I.- CONCEPTO, GENERALIDADES Y ASPECTO HISTORICO DEL TESTAMENTO ABIERTO.-

Testamento abierto es aquel por el cual el testador hace saber sus disposiciones de última voluntad en presencia de las personas que de conformidad con la ley deb n concurrir al acto. El testamento abierto puede otorgarse de dos maneras: la.) ante notario o funcionario que haga sus veces; o 2a.) ante testigos solamente.

Otorgado ante notario o funcionario que haga sus veces y testigos, el testamento abierto es un instrumento público, y a la vez notarial si el funcionario ante quien se otorga es un notario; otorgado solamente ante testigos, es un instrumento privado y para que pueda ejecutarse debe ser reconocido, es decir, que deberá someterse a diversas formalidades que tienden a constatar su autenticidad y, además, como el testamento no se ha insertado en un registro, para fines de seguridad, debe protocolizarse.

El testamento abierto privado, e sea, el otorgado solo ante testigos, ha tenido poca acogida en las diferentes legislaciones y modernamente son pocas las que, como la chilana, lo conserva. El testamento abierto público puede ser otorgado ante notario y testigos, que constituye la forma pública notarial, o ante funcionario público y testigos, el cual es conocido como testamento abierto público. La forma pública notarial ha sido consagrada por las legislaciones modernas más perfectas, y a medida que se ha generalizado en la práctica, ha originado el desuso de otras formas de testamento público autorizadas por funcionarios distintos del notario.-

El testamento abierto es conocido en la legislación comparada bajo las siguientes denominaciones: testamento por acto público, testamento notarial, testamento por documento público y testamento auténtico. En nuestra legislación se lo conoce con las denominaciones de testamento público y testamento nuncupativo.

En nuestra legislación el testamento tiene como característica el ser un acto notarial, y en este aspecto nuestra Código se aparta del chileno, principal precedente del nuestro, en el cual se contempla además de la forma pública una forma privada al admitirse el testamento abierto otorgado solamente en presencia de cinco testigos.

El testamento abierto es en nuestra legislación el testamento tipo alrededor del cual gira la técnica de la testamentifacción activa, y lo podemos definir como el testamento que se otorga ante notario hábil, por escritura pública y siempre con la presencia de testigos, por medio del cual el testador hace sabedoras de sus disposiciones de última voluntad a todas las que intervienen en el acto. Este concepto lo considero más completo que los contenidos en los artículos 1005 y 1010 del Código civil, de los que a continuación haré un análisis a efecto de establecer las características propias del testamento abierto.

El inciso 5o. del artículo 1005 define el testamento abierto al decir "Testamento abierto, nuncupativo o público es aquel en el que el testador hace sabedoras de sus disposiciones a las personas que según la ley deben presenciarlo". Esta definición es muy amplia y comprende tanto la forma pública como la privada del testamento abierto por tal motivo hubo necesidad de completar el concepto de testamento abierto y el Código lo hizo en el inciso 1o. del artículo 1010, al decir "Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedoras de sus disposiciones al cartulario y a los testigos". Lo --

que esta norma nos indica es que el testador debe hacer sabedores de sus disposiciones al notario y a los testigos; es decir, debe verbalmente expresar y dictar sus disposiciones al notario para que las redacte en su protocolo y si tiene escritas sus disposiciones darlas a conocer al notario para que las incorpore en el protocolo, en ambos casos debe hacerlo en presencia de los testigos. En el testamento abierto el testador declara públicamente en presencia del notario y los testigos sus disposiciones de última voluntad; de palabra los hace conocedores de su testamento. Sin embargo, no dice el Código que debe expresar de palabra sus disposiciones; se limita únicamente a expresar que debe hacer sabedores de sus disposiciones al notario y testigos, ello ha traído como consecuencia -- que en nuestra media ciertos notarios, en vista de que el artículo 1012 dice que el testamento abierto podrá haberse escrito previamente y que -- deberá ser leído en alta voz, después de redactado el testamento proceder a su lectura y a firmar los comparecientes, y los testigos solo tienen conocimiento de las disposiciones del testador por la lectura que ante ellos se hace del testamento. Esta práctica es incorrecta porque puesto que en el texto del testamento se hace constar que se han cumplido todas las formalidades, no ocurrió así, porque no se ha cumplido con el requisito esencial de esta forma testamentaria que es que el testador haga sabedores de sus disposiciones al notario y a los testigos. Cuando el -- testamento se ha escrito previamente, lo correcto es que el notario haga que el testador personalmente manifieste en presencia de todos los comparecientes sus disposiciones de última voluntad y después de hacerlo se -- proceda a la lectura del testamento.

✓ El testamento abierto tiene las siguientes características:

1a.- Es un acto abierto porque su otorgamiento y contenido se hacen públicos desde el día del acto, debido a que lo presenciaron testigos y lo saben éstos y el notario; en consecuencia, el testamento abierto supone el conocimiento, en un ambiente de publicidad forzosa, de las disposiciones testamentarias. Esta característica lo diferencia del testamento cerrado en el cual las disposiciones del testador se presume que son desconocidas hasta la muerte del testador. Lo que quiere puntualizar con esta característica del testamento abierto es que es forzosa que el testador emita su declaración de voluntad ante personas, las que deben concurrir al acto, y que los mismos se enteren de las disposiciones testamentarias.

2a.- El testamento abierto es un acto público, porque está hecha la declaración de voluntad en un documento público, y es un instrumento que por la intervención del notario tiene plena autenticidad ipso iure, es decir, no requiere declaración de autoridad judicial en tal sentido. En conclusión, en nuestra legislación, el testamento abierto es fundamentalmente notarial, con la concurrencia necesaria de testigos.-

✓ VENTAJAS QUE OFRECE EL TESTAMENTO ABIERTO

El testamento simple abierto tiene grandes ventajas sobre los demás formas testamentarias; tales ventajas surgen a por la intervención del notario y de la naturaleza misma del acto. La intervención del notario se considera beneficiosa, porque contribuye a la claridad y precisión de las disposiciones testamentarias, ya que siendo un técnico en derecho, en casi todos los sistemas notariales, aconseja al testador sobre puntos de derecho con lo que se obtiene la simplificación de muchas disposiciones que en caso de ausencia suya serían complejas e ineficaces; su intervención contribuye a que cumplan todas las solemnidades requeridas --

por la ley y por lo tanto se evita en muchas cosas la nulidad del testamento por incumplimiento de solemnidades; y contribuye también su intervención el uso de un lenguaje técnico y claro, previene las captaciones y coacciones garantizando así la libertad del testante. Las ventajas que ofrece el testamento abierto, derivadas de la naturaleza misma del acto, son las siguientes: es la única forma testamentaria que pueden utilizar para disponer de sus bienes los ciegos y los analfabetos; por la incorporación del testamento en el protocolo se asegura su conservación evitándose en esa forma su pérdida y destrucción; por la solemnidad de que está revestido el acto, se supone una madura reflexión descartándose la duda sobre si se trata de un mero proyecto, evitándose en consecuencia, que se de el caso de nulidad del testamento debido al error in negotio; por última, si por un acto público ya que la declaración de voluntad se encuentra en un instrumento público, tiene plena autenticidad ipso jure, es decir, que está dotado de la plena fuerza probatoria de los actos auténticos y su eficacia se manifiesta sobre todo en la esfera de los hechos, dada la certeza que de la fe notarial se tiene respecto al lugar y a la fecha del otorgamiento, a la identificación del testador, a la manifestación de voluntad del testador y a su ratificación, a la identidad de los testigos instrumentales, a la lectura y firma del testamento y a la unidad del acto. También cobra eficacia la autorización notarial respecto de la capacidad del testador y los testigos y es difícil destruir la fe que ha dado el notario de los hechos apuntados si no es con pruebas evidentes y contundentes. La eficacia jurídica del contenido del testamento, tiene una presunción de validez mientras no sea destruida, en cuanto a la legalidad y eficacia de las disposiciones del testador.

DESVENTAJAS QUE SE ATRIBUYEN AL TESTAMENTO ABIERTO

El inconveniente más grave que presenta el testamento abierto es un rígido formalismo de que está revestido y es por ello que la negligencia del notario o los errores en que incurra al no cumplir las formalidades impuestas por la ley provocan la nulidad del acto testamentario, quedando consecuentemente sin efecto la voluntad del testador. Este formalismo de que está revestido lo hace fácilmente susceptible de ser atacado por los intereses en que no se cumple la voluntad contenida en el testamento, además de que a veces dificulta su otorgamiento.

También se señala como desventaja que presenta esta forma testamentaria que no puede guardarse al secreto de las disposiciones que contiene. En efecto, el testador al otorgarlo, se ve forzado a revelar sus disposiciones al notario y a los testigos porque es de la esencia del acto que lo haga, exponiéndose el testador a que por la indiscreción de las personas que oyen con la manifestación de voluntad sean conocidos sus disposiciones de última voluntad y ello causarles molestias y disgustos por las desacuerdos que se producirían por el resentimiento de aquellos que han sido preferidos en el testamento y que no reciben lo que esperaban.

La falta de discreción del notario no es un problema grave, puesto que éste está obligado a guardar secreto si el testador se lo pide; la indiscreción de los testigos sí constituye un problema pues ellos no están obligados por el secreto profesional. Para evitar este inconveniente el Código Civil suizo ha establecido una modalidad especial de testamento abierto en la que el testador manifiesta su voluntad exclusivamente al notario autorizante, y los testigos solo intervienen después de redactado el testamento sin quedar enterados del contenido de las disposicio-

n.s. En nuestra legislación, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha tratado de que se mantenga en secreto, hasta donde sea posible, las disposiciones contenidas en los testamentos estableciendo en el numeral quinto del artículo 21 que la atribución del Presidente de la Corte Suprema de Justicia autorizar al Secretario para que, con vista en los libros llevados en relación con los testamentos abiertos o cerrados, solo pueda proporcionar a los interesados que comprueban la defunción del testador, datos concuer--nientes únicamente a la existencia del testamento y a la fecha en que fue otorgado.-

PRECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO ABIERTO.-

Para el profesor Arias (16), el testamento abierto tiene su más antiguo precedente en Grecia, porque no obstante que en Atenas se desconocía el testamento por acto pública, se solía depositar el testamento otorgado, en manos del astinomo, el arconte epónimo o el polemarcha.

En los primeros tiempos del derecho romano, cuando el testamento se hizo ante los comicios, tenía el carácter y consideración de una ley pública, y después de la Ley de las XII Tabas fue una ley familiar. Entre los romanos es donde pueden encontrarse precedentes del testamento abierto, tanto en las formas clásicas como en las de la época bizantina. Vemos que en Roma tuvieron el carácter de testamento abierto las más antiguas formas de testar, es decir el testamento "in calatis comitis", el "inpraesentia" y el "per aes et libram". En la época bizantina el testamento tripartitum, principal precedente del testamento cerrado, tuvo también su forma abierta al lado de la secreta o mística. A pesar de lo dicho, la mayoría de los tratadistas opinan que es hasta en el Derecho del Bajo Imperio donde se encuentra el origen del testamento abierto. Así vemos que Valverde y Valverde dicen que el origen del testamento abierto es el testamento "principi oblatum"; para Polacco el testamento abierto deriva del testamento nuncupativo del Derecho justiniano, pero de diferencia de él en la redacción por escrito, que, de facultativo que era en su origen, se ha convertido en esencial; para Binder el origen del testamento abierto es el testamento "septem signis signatum".

En el Derecho del Bajo Imperio, llamado también de las Constituciones Imperiales y Derecho Nuevo, se simplificó la legislación sobre testamentos, y de la fusión de las reglas del Derecho pretoriano y del Derecho civil surgieron las formas testamentarias más perfectas, las que pesaron a la antigua legislación española y ejercieron gran influencia en las formas testamentarias del Derecho germánico. En esta época de la legislación romana encontramos las formas de testamento público abierto; también vemos que los emperadores Arcadio y Honorio autorizaron el testamento hecho ante magistrado judicial (apud acta iudiciali oblatum) o municipal; asimismo se estableció el testamento principi oblatum otorgado con la intervención del emperador, etc.

La forma definitiva del testamento es la que aparece en la legislación de Justiniano, en ella los testamentos son verbales o nuncupativos, y escritos u olígrafos, y unos u otros pueden ser públicos o privados. -- Testamentos públicos eran los escritos entregados al Emperador o los declarados verbalmente ante un magistrado que los escribía e incorporaba en sus archivos, protocolizándolos. Los privados eran los que se otorgaban únicamente ante testigos. Justiniano al establecer que el ciego pudiese testar haciendo su declaración de voluntad en presencia de siete testigos

(16) Arias; Ob. citada Pág. 177.-

ante un tabulario que desempeñaba un papel similar al del notario de nuestra época, creó una forma testamentaria que es el precedente más fiel del moderno testamento público abierto.

PRECEDENTES EN EL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL

El fuero Juzg (ley 11, tit. V, Lib II) regula varias clases de testamento abierto, exigiendo en ellos la intervención de testigos. El Fuero Real sólo entraba a los escribanos públicos en la autorización de los testamentos, ya desde antes que en dicho cuerpo apareciera el primer testamento abierto notarial (ley 1a. tit. V, Libro III).

Los Siete Partidas, en su leyón las disposiciones del Derecho romano del Bajo Imperio, al exigir además de la solemnidad interna (institución de heredero) las externas de unidad del acto y context, la presencia simultánea de siete testigos rogados y convencidos expresamente, la manifestación de voluntad hecha de viva voz por el testador en presencia de los testigos y que éstos la vieran y entendieran.

La Ley Única del Título XIX del Ordenamiento de Alcalá vino a introducir una radical transformación al suprimir la solemnidad interna de la institución de heredero declarando válida el testamento que no la contuviera y admitió dos formas principales de testamento abierto y una supletoria. Tales formas eran:

- 1a.- El testamento otorgado ante tres vecinos del lugar en que se otorgaba al acto, y notario;
- 2a.- El testamento otorgado ante cinco testigos vecinos del lugar únicamente, es decir, sin la intervención de notario;
- 3a.- El testamento otorgado ante tres testigos vecinos del lugar y sin la intervención de notario (forma supletoria).-

La forma supletoria sólo podía emplearse cuando en el lugar del otorgamiento no pudiendo encontrarse más testigos ni hubiera notario en la localidad.

Por pragmática-Sanción del rey Felipe II, dada en 1566, se dispuso que: "si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo los otros calidades que el hecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar donde se hiciera el testamento."-

Las tres formas establecidas por el Ordenamiento de Alcalá y la reconocida por la pragmática de Felipe II, o sea la otorgada ante siete testigos no vecinos y sin la intervención de notario, fueron consagradas en la Novísima Recopilación (Ley 1a. tit. XVIII, Lib. X) y estuvieron vigentes hasta la promulgación del Código Civil español en 1851, el cual las derogó admitiéndose solamente la forma pública notarial.

En Francia la forma testamentaria pública es la más antigua de que se tiene conocimiento. En el antiguo derecho de las regiones de derecho escrito, se empleaba especialmente el testamento nuncupativo para disponer del patrimonio, es decir, la declaración verbal hecha ante siete testigos; sin embargo, por tradición se utilizaba un notario para que redactara por escrito el testamento y de este modo se convirtió el testamento privado en testamento público. En las regiones de costumbre, se empleaba el mismo procedimiento, pero más simplificado porque el testamento se otorgaba ante dos notarios sin testigos o ante un notario y dos testigos o ante cura o Vicario General asistido de tres testigos. Por la Ordenan-

za de 1735 se consagró las normas de costumbres, conservándose solamente al testamento hecho ante notario y testigos. Las leyes de 25 de Ventoso - del año XI y el Código de Napoleón establecieron que el testamento abierto por acto público debía otorgarse ante dos notarios y dos testigos o ante un notario y cuatro testigos. Por ley de 8 de diciembre de 1950 se simplificó las formas de testamento abierto y actualmente el testamento abierto puede otorgarse ante dos notarios sin la presencia de testigos o ante un notario y dos testigos.

En El Salvador, desde la conquista hasta la promulgación del Código Civil en 1860, las formas testamentarias se regieron por la antigua legislación española, y a partir de la promulgación del Código solo se contempla el testamento público abierto, con lo que se aparta nuestra legislación del Código chileno que sirvió de modelo a nuestro legislador, pues no se consagró la forma de testamento privado abierto, que contempla dicho Código. En la actualidad el testamento abierto tiene la característica de ser un acto notarial y se otorga siempre ante tres testigos.-

II.- SOLEMNIDADES QUE HAN DE OBSERVARSE EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO ABIERTO.-

La naturaleza del acto se refleja en los testamentos en la forma externa, de manera que las solemnidades y requisitos exigidos por la Ley de Notariado, se estiman exiguas y se prescriben otras más rigurosas en el Código Civil, a fin de revestir aquellas de mayores garantías de credibilidad. El testamento abierto requiere más que cualquier otro acto notarial de mayor seguridad en cuanto a la forma, porque es un acto trascendental que puede abarcar la disposición de todo el patrimonio de una persona, y porque está expuesto más que cualquier otro acto a fraudes y maquinaciones, y sobre todo porque cuando ha de cobrar plena eficacia y hacerse valer su poder ya no existe.

A los requisitos de forma prescritos por la ley se les da el nombre de solemnidades, las cuales tienen por objeto, unas garantizar la libre manifestación de la voluntad del testador, y otras asegurar la identidad y conservación del acto testamentario. Las solemnidades exigidas por la ley para que el testamento abierto sea válido son las siguientes:

- 1a.- El testamento debe otorgarse ante notario hábil y tres testigos;
- 2a.- Deben estar presentes durante todo el otorgamiento un mismo notario, unos mismos testigos y el testador;
- 3a.- Debe el testador manifestar sus disposiciones al notario y a los testigos;
- 4a.- Debe el testamento ser escrito, consignándose en el instrument las enunciaciones señaladas en el Art. 1011 y expresando, además, el lugar, fecha del otorgamiento y el nombre y domicilio del notario;
- 5a.- Debe el testamento, una vez escrito, ser leído íntegramente y al notario en voz alta, estando el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria miran todo el tenor de sus disposiciones;
- 6a.- Debe terminar el acto por las firmas del testador y de los testigos y por la del notario.-

1a.- El testamento debe otorgarse ante notario hábil y tres testigos. El numeral 1o. del Art. 40 de la Ley de Notariado dice que los testamentos solennales "sólo podrán otorgarse ante notario y en su defecto ante --- Juez de Primera Instancia y, en su caso ante agente diplomático o cónsul --- lar salvo refór."; por lo tanto el testamento abierto es un acto notarial porque debe ser otorgado ante un funcionario que se acuerda con la ley y está autorizado para ejercer el notariado.

La Ley de Notariado en los artículos 4 y 5 señala que pueden ejercer el notariado los abogados autorizados para ese efecto por la Corte Suprema de Justicia, los jefes de misión diplomática permanente, los cónsules de carrera y los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil cuando se trate de testamentos. El notario ante quien se otorga el testamento debe ser hábil para autorizar el acto, es decir, que no debe tener ninguna de las incapacidades señaladas en el Art. 9 de la citada ley. La ley establece como regla general que los notarios tienen competencia territorial en toda la República; sin embargo, esta regla tiene como excepciones al caso de los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil, los jefes de misión diplomática permanente y los cónsules de carrera, los cuales sólo tienen competencia en la jurisdicción --- asignada al Juez, y los dos últimos en los lugares donde tiene su asiento la sede diplomática o el consulado.

Los testigos instrumentales que asisten al otorgamiento de un testamento abierto deben de ser tres, tal como lo establece el numeral 3o. del artículo 40 de la Ley de Notariado al decir "En los testamentos abiertos, los testigos serán siempre un número de tres; pero en los testamentos cerrados bastará la concurrencia de cinco testigos". Lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo citado ha modificado el artículo 1014 C., pues en la actualidad, tratándose del testamento del ciego, sólo se necesitan la concurrencia de tres testigos y no de cinco como dice el referido artículo.

Al promulgarse la Ley de Notariado vigente, el numeral tercero del Art. 40 decía "En los testamentos cerrados bastará la concurrencia de cinco testigos", y no hacía mención del número de testigos que debían concurrir al otorgamiento del testamento abierto. Por esa circunstancia se dio el caso de muchos testamentos abiertos en los que el notario autorizante no hizo concurrir testigos. Ese hecho causó alarma y para subsanar esa omisión, se reformó el numeral tercero del referido artículo a propuesta de la Corte Suprema de Justicia en la forma en que aparece actualmente.

Los testigos instrumentales en el testamento abierto no tienen un papel pasivo, sino que su intervención está llena de un verdadero contenido obligacional, porque deben firmar juicio sobre la capacidad del testador, identificar al testador cuando el notario se los pide, oír la lectura del testamento, leer uno de ellos el testamento cuando se trata del testamento del ciego, firmar el testamento y firmar uno de ellos por el testador cuando éste no pueda hacerlo por estar impedido.

2a.- Deben estar presentes durante todo el otorgamiento del acto un mismo notario, unos mismos testigos y el testador. Dice al respecto el inciso 2o. del Art. 1010 que "el testamento será presentado en todas sus partes por el testador, por un mismo cartulario y por unos mismos testigos". Esta solemnidad se ha establecido con el objeto de que el testador, el notario y los testigos tengan conciencia del acto tan trascendental --- que se realice, ya que por dicho acto se decide la suerte del patrimonio, ese acto debe ser único y continuo, sin mezclarlo con otros actos.

El testador debe estar presente durante todo el acto porque él es --- quien testa y quien debe hacer sabedor de sus disposiciones al notario

y testigos, debe dar su conformidad a lo escrito en el protocolo después de que se le ha leído, ratificado su contenido por estar redactado de acuerdo a su voluntad. Además, debe estar presente con el objeto de que los testigos y el notario lo vean, oigan y entiendan y puedan firmarse un juicio completo sobre su capacidad.

El notario es preciso que esté presente durante todo el acto, porque se le llama a ejercer su ministerio en todas y cada una de las partes del acto testamentario y no solo en algunas.

Los testigos deberán presenciar el testamento en su totalidad, porque atestiguan que en todas las partes del acto se ha dado cumplimiento a la ley, que a ellos y al notario les ha dado a conocer sus disposiciones el testador, ha probado éste la redacción por escrito que se ha dado a su declaración de última voluntad ratificándola, que lo han visto durante todo el acto y han oído y entendido lo manifestado por el testador.

También el notario y los testigos deben estar presentes desde el principio hasta el fin del testamento, porque tienen que formarse un juicio completo sobre el estado mental del testador y su capacidad para otorgar el acto.

El acto testamentario no es simple, consta de varias operaciones sucesivas que pueden requerir un tiempo más o menos largo y que deben guardar continuidad. Primero el testador debe dar a conocer sus disposiciones de última voluntad al notario y testigos y luego reducir a escrito lo manifestado por el testador, y después, debe leerle el escrito y asintiendo ratificado de acuerdo a la voluntad del testador debe éste ratificarlo y firmarse por todos los comparecientes. El testador puede dar a conocer sus disposiciones dictándolas al notario en presencia de los testigos, o bien, en caso de que las tenga escritas de antemano, hacerlas saber a las personas que deben concurrir al acto y entregar el pliego que las contiene al cartulario para que éste incorpore al protocolo las disposiciones de última voluntad.

La solemnidad a que me estoy refiriendo es la que constituye el principio de "unidad del acto", principio que viene desde el derecho romano y que nuestra legislación ha adoptado. La "unitas contextus" del Derecho romano se formaba a su vez de tres unidades: asunto, lugar y tiempo. La primera suponía que el testamento recogiese el pronunciamiento de ese momento solemnemente sin interferencias extrañas. La unidad de tiempo rechazaba intervalos prolongados en los que se pudiera suponer influencias ajenas para cambiar la voluntad del testador. La unidad de lugar exigía que el acto se realizase en el mismo sitio donde se empezara, también para evitar esas interferencias extrañas. El requisito de la unidad del acto, que era absoluto en el Derecho romano, ha sido atemperado en las legislaciones modernas al permitirse las interrupciones motivadas por accidentes pasajeros. Sin embargo nuestra legislación no se ha adherido a esta corriente y conserva en forma absoluta el requisito de unidad del acto, para esta clase de testamento.

3a.- Debe el testador manifestar sus disposiciones al notario y a los testigos.- Esta manifestación es lo que constituye la esencia del testamento abierto, tal como lo prescriben los Arts. 1005 y 1010. La manifestación de voluntad tiene que hacerla el testador de viva voz, expresando o dictando sus disposiciones al notario para que las redacte e incorpore en su protocolo, y si el testador tiene ya escritas sus disposiciones debe darlas a conocer al notario para que las redacte e incorpore también en su protocolo, todo ello en presencia de los testigos. La ley exige que el testador dé a conocer sus disposiciones al notario y testigos, para que éstos se impregnan de ellas teniendo un conocimiento com-

pleto de cuál es el testamento que a su presencia se otorga.

La redacción que el notario da las disposiciones expresadas por el testador, sin perjuicio de que aquel las escriba en correcto castellano y en un lenguaje claro y técnico de acuerdo a las ideas que el testador expresa, habrá de leerse al testador en presencia de los testigos y deberá manifestar el otorgante a presencia de los que concurren al acto su conformidad con lo escrito.

No dice el Código la forma en que el testador debe expresar sus disposiciones; se limita únicamente a expresar que debe hacer sabedores de sus disposiciones al notario y testigos que son quienes deben presenciar el testamento en todas sus partes.

El inciso primero del Art. 1012 dice que "el testamento abierto podrá haberse escrito previamente". Y el inciso segundo completa dicha disposición al decir que "si se ha escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el cartulario", de lo cual se deduce que el testador puede dar conocimiento de sus disposiciones, además de verbalmente por medio de escrito en que se las ha consignado. Cuando las ha escrito, el notario debe redactarlas según el dictado del testador las ha escrito, el notario deberá redactar el testamento con base en el pliego que contiene las disposiciones de última voluntad y que se le ha presentado. Podría pensarse, por lo dispuesto en los incisos 1o. y 2o. del Art. 1012, que cuando el testamento se ha escrito previamente, los testigos solo concurren a la lectura y firma del testamento, pero no es esa la intención del legislador. Con estas normas se está indicando que en el proceso formativo del testamento no se requiere de la presencia de los testigos, porque en esta fase el testador da instrucciones al notario sobre cuáles son sus disposiciones de última voluntad, y este proceso formativo puede ser más o menos largo. Cuando se ha concluido este proceso formativo del testamento y el notario ha redactado por escrito las disposiciones testamentarias y se procede al otorgamiento del testamento, sí es necesaria la presencia de testigos; sin embargo siempre es necesario que previamente a la lectura del testamento el testador haga una relación a los testigos, en presencia del notario, de cuáles son sus disposiciones de última voluntad, pues aunque al notario ya le ha manifestado cuáles son sus disposiciones, a los testigos no les ha hecho tal manifestación. El otorgamiento se perfecciona con la lectura y ratificación que hace el testador de la escritura que contiene el testamento y en el cual se exige la presencia simultánea del testador, notario y testigos y se concluye con la firma de los comparecientes.-

Al decir el inciso segundo del Art. 1012 que el testamento puede haberse escrito en uno o más actos, se está refiriendo a una fase de formación del testamento y no al otorgamiento del mismo y por ello no podemos hablar de que con dicha disposición legal se haga una excepción al requisito imprescindible de la unidad del acto.

4o.- Debe el testamento ser escrito, consignándose en el instrumento las enunciaciones señaladas en el Art. 1011 y expresando, además, el lugar, fecha del otorgamiento y el nombre y domicilio del notario.- El Código Civil al llamar testamento nuncupativo al testamento que nos ocupa, da a entender que es suficiente que el testador viva y viva voz dé a conocer al notario y a los testigos sus disposiciones de última voluntad para que exista un testamento abierto. Ello no es así, porque la ley exige que la manifestación de voluntad conste por escrito. La escritura es una solemnidad esencial del testamento abierto cuya omisión vuelve inexistente el acto. El Art. 1006 dice que "el testamento solemne es siempre escrito", motivo por el cual tratadistas como Claro Solar, Somarriva, Meza Barros, Valencia Cea y otros, que comentan el Código Civil chileno y colombiano en los que exis-

te una disposición idéntica al Art. 1006 de nuestro Código opinan que la escritura es una solemnidad del testamento abierto. Sin embargo, considero que la escritura, más que una mera solemnidad de este testamento, es una característica esencial del testamento abierto, ya que sin ella no podemos hablar de la existencia de un testamento; un testamento abierto o nuncupativo que no constara por escrito sería un testamento verbal.

Aun cuando de acuerdo a nuestra legislación el testamento abierto es el acto por el cual el testador hace sabedores de sus disposiciones al notario y a los testigos, no por ello es un testamento verbal; el testamento verbal existió en nuestra legislación como una forma privilegiada de testar, pero fue suprimido por ley de 29 de agosto de 1910.

En nuestra legislación testamento nuncupativo es sinónimo de testamento abierto, porque es una manifestación de voluntad hecha a las personas que conforme a la ley deben presenciar el acto. La palabra nuncupativo, de nuncupare, significa, nombrar, declarar de viva voz su voluntad. Ha empleado el Código el término nuncupativo como un resabio de la antigua legislación española, pero esta expresión no la considero adecuada, porque el nombre de testamento nuncupativo corresponde con más propiedad al testamento verbal.

La escritura se ha establecido como un requisito del testamento abierto o nuncupativo, porque las declaraciones de voluntad no pueden quedar sujetas a la memoria de los testigos, ya que ésto sería peligroso sobre todo en caso de fallecimiento más o menos inmediato del testador al otorgamiento del acto.

La redacción del testamento deberá contener a más de las disposiciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, las enunciaciones señaladas en el Art. 1011. El conjunto de las enunciaciones a que se refiere el artículo mencionado es una solemnidad del testamento, pues con ellas se trata de darle un carácter de seriedad y resaltar su importancia. Individualmente consideradas dichas enunciaciones, no constituyen cada una solemnidades en si mismas, sino que, como dice Claro Solar, son reglas útiles de ordenación del testamento. Su omisión no produce nulidad del acto testamentario, siempre que, tal como lo indica el inciso 2o. del Art. 1020, no haya duda acerca de la identidad del testador, del notario y de los testigos.

La individualización del testador es indispensable a fin de que no haya dudas sobre su identidad; lo mismo ocurre respecto del notario y

Con la expresión del lugar del otorgamiento se establece la competencia, en ciertos casos, del funcionario ante quien se otorga el testamento. Así vemos que cuando actúa como notario un Juez de Primera Instancia solo podrá autorizar los testamentos que se otorgan en su respectiva jurisdicción territorial, y si se trata de cónsules y jefes de misión diplomática permanente, solo son competentes para autorizar testamentos que se otorgan en el lugar donde tiene su sede el consulado o la misión diplomática a su cargo.

Con la expresión de la fecha y hora se determina el momento mismo del otorgamiento, momento en el cual deben ser capaces el testador y los testigos instrumentales. Además, es importante la determinación del momento en que se otorga el testamento, porque el testamento que surte sus efectos después de la muerte de su autor es el último que este otorga el cual revoca todos los anteriores.

Con la expresión del nombre y domicilio del notario queda establecida su identidad, y en ciertos casos su competencia.

La omisión del nombre y generales del testador, notario y testigos, así como también del lugar y fecha del otorgamiento acarrea la nulidad del acto.-

5o.- Debe el testamento, una vez escrito, ser leído íntegramente por el notario en voz alta, estando el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oírán todo el tenor de sus disposiciones.- Dice el Art. 1012 "El testamento abierto podrá haberse escrito -- previamente. Pero sea que se haya escrito, o que se escribe en uno o -- más actos, será todo él leído en alta voz por el cartulario. Mientras -- el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cu- -- ya presencia es necesaria, oírán todo el tenor de sus disposiciones. El -- que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento, y -- si no sabe o no puede, designará una persona que lo haga en su nombre, -- siempre en presencia de los testigos y del cartulario".- La lectura es -- una solemnidad importantísima del testamento abierto, de la cual no pue -- de prescindirse so pena de nulidad del testamento. Por medio de ella, -- que se efectúa después de redactado el testamento, el testador y los -- testigos se imponen de la redacción que el notario les ha dado a las -- disposiciones de última voluntad, y sirve para comprobar, además, la -- concordancia entre la manifestación de voluntad hecha por el testador -- al notario y testigos y lo redactado por el cartulario. Además, conclui -- da la lectura el testador debe dar su conformidad con la redacción del -- testamento y en el caso de no estar conforme con ella debe hacer las ob -- servaciones y rectificaciones que crea oportuna.

La lectura de todo el testamento se hará en alta voz por el notario en presencia del testador y los testigos para que éstos oigan el tenor de las disposiciones. Los testigos deben tener a la vista al testador durante toda la lectura para comprobar que éste dé su consentimiento en forma explícita, categórica e incondicional sobre la redacción que se les ha dado a sus disposiciones.

Cuando el testador es sordo deberá éste leer por sí mismo el testamento en voz alta, siempre a presencia de los testigos y el notario; si el testador no sabe leer designará una persona para que lo haga a su -- nombre. Da la impresión el inciso final del Art. 1012 de que en el tes- -- tamento del sordo no es el notario quien lee el testamento sino que es -- el mismo testador o la persona que éste designe. sin embargo, considero -- que cuando el testador es sordo, el testamento debe leerse dos veces, -- tanto por el notario como por el testador o la persona que éste designe, -- constituyendo esta doble lectura una solemnidad específica.

6o.- Debe terminar el acto por las firmas del testador y de los -- testigos y por la del notario.- El acto del otorgamiento termina con -- la suscripción o firma que estampan en la escritura redactada en el pro -- tocolo, el testador, los testigos y el notario autorizante. Con la sus -- cripción el testamento queda incorporado definitivamente al protocolo, -- se perfecciona, y en consecuencia no puede ya variarse por el testador. -- Una vez suscrito si el testador quiere variar sus disposiciones tiene -- que otorgar un nuevo testamento.

Por firmas se entiende el nombre y apellido o apellidos, con la rúbrica usada por cada una de las personas, y tales como ellas la acostumb^{an} -- ran usar en sus actos o contratos. La firma es un valioso elemento de -- autenticación, puesto que cada persona tiene una manera determinada de -- firmar, cuyos rasgos reitera en el curso de su vida. El carácter maqui -- nial y la frecuencia del uso de la firma, el deseo del firmante de defi -- nir su personalidad o de evitar falsificaciones, hacen que frecuentemen -- te la escritura degenera en rasgos en los cuales se hace difícil encon -- trar semejanza con las letras que componen el nombre.

El testador con su firma dá fe que la escritura redactada por el notario es la expresión de su voluntad y que la ha ratificado a presencia de los asistentes al acto; la firma de los testigos indica que estos estuvieron presentes en el acto, que se han cumplido todas las solemnidades exigidas por la ley y atestiguan la libertad de que ha gozado el testador al otorgar el testamento; finalmente, la firma del notario es la que imprime el sello de autenticidad al testamento, garantiza la certeza del mismo, y dá seguridad y plena eficacia al negocio jurídico testamentario.-

III.- OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO SOLEMNE ABIERTO, LEY DE NOTARIADO, DECLARACIONES QUE DEBE CONTENER EL TESTAMENTO.-

Desde que una persona decide disponer de sus bienes para después de sus días hasta el otorgamiento del testamento, pudieramos decir que es lo que constituye el "proceso formativo del acto testamentario". Comprende tres fases: a) Fase preparatoria, que es aquella en que el testador expone al notario sus deseos, bien verbalmente, bien por medio de instrucciones escritas; b) Fase material, en la que el notario procede a la reducción a escrito de lo manifestado, siguiendo las instrucciones del testador, y cuidando la forma y contenido de la reducción, y; c) Fase de otorgamiento, en la que reunidos los que de acuerdo con la ley deben comparecer, escuchan del testador sus disposiciones, se procede a la lectura del testamento redactado, y una vez que el testador ha ratificado lo escrito se procede a la suscripción del testamento.

FASE PREPARATORIA.- La voluntad del testador es el punto de arranque en el proceso de formación del testamento nuncupativo. Cuando una persona decide disponer de sus bienes para después de sus días, busca los medios adecuados para concretar ese acto de disposición, y si bien es cierto que el testador tiene ya su voluntad formada respecto a las personas que va a beneficiar y en la forma en que lo hará, debido a que no es un técnico en el conocimiento del derecho necesita de alguien que lo ilustre y asesore para la correcta materialización de su declaración de última voluntad; por ello, le es imprescindible recurrir a un notario, no solo para que redacte su testamento sino para que le aconseje y asesore en aquellos puntos jurídicos que crea conveniente.

En la práctica vemos que tratándose de testamentos nuncupativos, existen unos de gran sencillez por el contenido de sus disposiciones, pero existen otros que por el alcance y contenido de sus disposiciones no podemos calificarlos de sencillos. Esta complejidad de las disposiciones que puede contener un testamento obedece a diversas circunstancias entre las que, por regla general, pueden citarse, lo cuantioso del patrimonio del disponente, la existencia de un número más o menos grande de asignatarios, disposiciones que tienden tanto al cumplimiento de las disposiciones que contiene el testamento como a proteger a asignatarios incapaces, etc. En los testamentos sencillos a la intervención del notario asesorando al testador es sumamente reducida y a veces ninguna; por el contrario, cuando se trata de testamentos cuyas disposiciones son de gran complejidad, la intervención del notario tiene mayor relevancia, es mayor, en lo que respecta a asesorar al testador.-

En aquellos testamentos que por sus disposiciones son calificados como testamentos complejos, encontramos que contienen generalmente, asignaciones sujetas a modalidades, asignatarios de cuota, sustituciones, participación, nombramiento de guardadores, reconocimiento de hijos natura-

les, establecimiento de fideicomisos, asignaciones alimenticias, etc.

La fase preparatoria es de capital importancia en el proceso formativo del testamento nuncupativo, pues en dicha fase toman forma las disposiciones del testador, adquieren claridad y precisión y hace posible - las demás fases de dicho proceso formativo.

En la fase preparatoria el testador puede, o bien pedir al notario que la asesore y ayude a elaborar sus disposiciones aconsejándolo sobre puntos de derecho, o simplemente darle instrucciones sobre sus disposiciones de última voluntad para que redacte el testamento. En el primer caso el notario tiene un papel más relevante, pues además de que sirve - de asesor del testador, de acuerdo con lo decidido por este, debe darles forma legal a las disposiciones de última voluntad que se le han manifestado; en el segundo caso, el notario desempeña un papel de menor importancia, puesto que se limita únicamente a redactar las disposiciones que se le han dado.

El testador puede dar instrucciones verbalmente o por escrito al notario para que redacte el testamento y en la práctica dichas instrucciones son dadas en una o en varias oportunidades. Con las instrucciones recibidas el notario proyecta las disposiciones y lo presenta al testador para que éste las examine y dé su aprobación.

Pero sea que el testador pida asesoramiento al notario o que simplemente le dé instrucciones, no hay que olvidar que el testador es quien otorga el testamento, y por lo tanto, que el testamento es hecho por él, lo cual quiere decir que ni el notario ni ninguna otra persona deben sugerirle sus disposiciones, debiendo tenerse presente que la voluntad del testador debe ser espontánea y libre.

Las instrucciones deben ser dadas al notario por el testador en persona, en consecuencia dichas instrucciones no pueden ser dadas por intermedio de un tercero ya que la manifestación de voluntad es del testador y de nadie más, por lo que la intervención de cualquier otra persona en la fase preparatoria se considera como atentatoria a la pureza del acto si esa persona no hace más que transmitir la voluntad del disponente como si se dedica a añadir algo o hacer sugerencias extrañas. Tampoco pueden darse las instrucciones contestando simplemente a interrogaciones nacidas de un tercero, porque en tal caso estaríamos en presencia de un testamento "ad alterius interrogationem" que han sido repudiados unánimemente por los tratadistas porque contienen una declaración de última voluntad que carece de espontaneidad.

Para concluir este estudio de la fase preparatoria diré que en ella no es necesario la concurrencia de los testigos, siendo reconocida dicha solución tanto en nuestra legislación como en la mayoría de los países, - y son pocos los cuerpos legales que se apartan de ella

FASE MATERIAL. - En esta fase el notario procede a la reducción a escrito de lo manifestado por el testador, siguiendo sus instrucciones, y cuidando la forma y contenido de la redacción. Vimos que en la fase preparatoria se proyectan las disposiciones y cuando el testador dá su conformidad se concluye la fase preparatoria y se pasa a la de materialización, o sea en la que el notario redacta e incorpora en su protocolo las disposiciones según las reglas corrientes de todas las escrituras públicas.

La redacción a escrito de lo manifestado por el testador verbalmente o por escrito, es obra del notario, pero no como función mecánica, - pues la misión del notario no es simplemente la de reproducir las palabras o el escrito del testador, sino la de ordenar y regular las disposi-

ciones del otorgante, dando forma a las mismas con arreglo a derecho. La incorporación de la escritura en el protocolo no es necesario que sea hecha materialmente por el notario mismo, basta con que esté contenida en su protocolo para que se presuma obra suya. La reducción a escrito de -- las disposiciones no es preciso que se haga inmediatamente después de -- recibir las instrucciones, sean éstas verbales o escritas, así como tampoco es necesario que se haga a presencia del testador y de los testigos, pues existen muchos casos en que por tratarse de testamentos con numerosas y complejas disposiciones sea útil y oportuno que el notario, después de recibir la declaración de voluntad, exija para instrumentarla estar solo, con calma, para poder realizar con ponderación, esmero y toda la cautela necesaria el trasunto de la manifestación de voluntad.

El notario en la instrumentación del testamento debe observar la mayor claridad en la redacción de las disposiciones y en la distribución -- del contenido, según las partes clásicas de que se compone el instrumento, o sea, la cabeza, comparecencia, exposición, parte dispositiva, advertencias, otorgamiento y autorización, no olvidando que por la naturaleza especial del acto testamentario y las solemnidades de que está revestido, la ley exige que deben consignarse las enunciaciones contenidas en -- el Art. 1011. C.-

Para el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código Civil para el testamento y los exigidos por la Ley de Notariado (Art. 32) para las escrituras públicas en general, no es preciso el uso de fórmulas notariales impuestas por las costumbres, basta que de lo escrito en el testamento se aprecie que se han cumplido todos los requisitos exigidos por la ley.

Los requisitos que deben observarse en la instrumentación del testamento pueden dividirse en requisitos a que se halla condicionada la autorización del testamento, llamados solemnidades y requisitos que ha de -- contener la escritura, llamados formalidades. Las primeras las establece el Código Civil, y las segundas por ser comunes a todos los actos notariales, están consignados en el Art. 32 de la Ley de Notariado.

Haré a continuación una relación de las partes de la escritura pública en que consta el testamento y de lo que dicha escritura debe contener.

I.- Cabeza: Comprende esta parte el número de la escritura, la designación del lugar en que se otorga el testamento, la fecha con expresión de la hora, el nombre y generales del notario y el de los testigos.

El número de la escritura es una formalidad establecida por el numeral 2o. del Art. 32 de la Ley de Notariado, sirve para determinar el orden cronológico de la escritura y se ha establecido por razones de seguridad y garantía de los otorgantes y de facilidad en la búsqueda de la misma. La numeración correlativa se establece para seguridad y garantía de los otorgantes, pues con ella se evita la intercalación de otras escrituras que pueden causar perjuicios a los que han intervenido en el acto o a los que benefician los otorgantes.

Debe consignarse el lugar donde se otorga el acto, no el lugar donde se redacta la escritura. Puede ser en la oficina del notario, en el domicilio del testador, o en cualquier otro lugar. En los países donde el notario tiene competencia territorial limitada para ejercer sus funciones, la designación del lugar es de gran importancia, pues son nulos los testamentos otorgados ante notarios incompetentes. En nuestro país -- en que, por regla general, el ejercicio del notariado no está sujeto a una determinada competencia territorial y los notarios pueden ejercer su

ministerio en todo el territorio nacional, la designación del lugar tiene menos importancia, ya que solo servirá para sancionar aquellos testamentos celebrados fuera de nuestras fronteras; sin embargo, cuando se trata de testamentos otorgados ante jueces de Primera Instancia, Jefes de Misión Diplomática Permanente y Cónsules de Carrera, que para el ejercicio del notariado si tienen competencia territorial, la designación del lugar es de importancia por los motivos ya señalados.

La enunciación de la fecha, con expresión de la hora, debe ser la que corresponde al momento del otorgamiento, no a la redacción del testamento en el protocolo. La consignación de la fecha sirve, también, para determinar el orden cronológico de los testamentos que otorgue el testador durante su vida, pues hemos visto que por ser el testamento un acto esencialmente irrevocable es el último que otorga una persona el que se hará valer después de la muerte, porque revoca a todos los demás; además, sin la fecha no se sabría si el testamento se otorgó antes o después del fallecimiento del testador. Por último, es necesario hacer notar que la consignación de la fecha sirve para determinar la capacidad del testador, de los testigos y si el notario estaba autorizado para el ejercicio del notariado.

Debe consignarse el nombre, apellido y domicilio del notario autorizante. Las escrituras públicas se otorgan ante notario y deben asentarse en su protocolo, ello trae como consecuencia que no pueda un notario autorizar en un protocolo distinto al suyo escrituras públicas que ante él se otorguen. Tiene importancia la designación del nombre, apellido y domicilio del notario autorizante porque él es una de las partes que intervienen en el otorgamiento del instrumento, para dejar en claro ante quien se otorgue el acto testamentario y para establecer el parentesco que pudiera existir entre dicho funcionario y las demás personas que como partes intervienen en el testamento.

El Art. 32 de la Ley de Notariado no exige que se indique el nombre, apellido y domicilio del notario, pero el Art. 1011 C. si lo exige, por lo que cabría preguntarse si sería nulo un testamento en que para hacer tal designación se empleara la frase "ante el notario que suscribe" u otra semejante. Considero que en tal caso, la omisión de tal requisito no acarrearía la nulidad del testamento, ya que se encuentra suplida por el hecho de formar parte del protocolo de un notario determinado y encontrarse autorizado con su firma. Sostengo lo anterior no obstante la disposición contenida en el inciso 2o. del Art. 1020 C. porque la Ley de Notariado vigente contiene una reglamentación estricta respecto del protocolo notarial; así vemos que la Ley exige para la formación de los libros de protocolo que el papel sellado correspondiente guarde la numeración correlativa, que se folien las hojas con letras en la parte superior derecho de las hojas para que dichos libros sean autorizados por el Jefe de la Sección de Notariado o el Juez de Primera Instancia competente del domicilio del notario, si éste reside fuera de San Salvador. Al autorizarse un protocolo se sellan las hojas y en la primera se pone una razón sellada y firmada que comprende el nombre del notario a quien pertenece, el número de orden del libro a que corresponde, el número de hojas etc. Por lo dicho se deduce que no puede haber duda acerca de la identidad del notario, y no existiendo tal duda el testamento es válido; podría, eso sí, dar lugar a medidas disciplinarias por no proceder en conformidad a la ley.

Por último, en la cabeza, debe expresarse el nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio de los testigos; así lo establecen el Art. 1011 C y el numeral 4o. del Art. 32 de la Ley de Notariado. Si no se expresa el nombre y apellido de alguno de los testigos no puede hablarse

de que ha asistido al otorgamiento del testamento y aunque aparezca su firma en la escritura matriz no puede tenérsele como tal.

Debe expresarse además la edad, profesión u oficio y domicilio de los testigos, porque a través de ellos se los individualiza, se tiene certeza sobre su identidad. Pero la expresión de la edad, profesión u oficio sirve también para determinar la capacidad de dichos testigos. Así tenemos: al consignarse la edad tenemos certeza sobre la capacidad testifical ya que son incapaces los menores de dieciocho años; al expresarse la profesión u oficio se descarta la incapacidad de los que carecen de ello, y; al expresarse el domicilio que tiene en el país se tiene certeza sobre su capacidad, puesto que son incapaces para servir como testigos en los testamentos otorgados en El Salvador los que no están domiciliados en la República.

II.- Comparecencia: Es la parte de la escritura donde se designa el nombre, apellido, generales y fe de conocimiento o identificación de los otorgantes. Tratándose de testamentos la ley es más exigente, pues el inciso 2o. del Art. 1011 C. prescribe que debe expresarse el lugar de nacimiento del testador su nacionalidad, si está o no vecindado en El Salvador, y si lo está, el lugar en que tuviere su domicilio. La exigencia legal se debe a que no puede existir ninguna duda sobre la individualización o identidad del testador, pues de existir sería nulo el testamento.-

III.- Exposición o enunciaci3n:- Es la parte de la escritura donde se describen los motivos del negocio jurídico, el bien objeto del acto o contrato y otras circunstancias afines. En el testamento, en la parte enunciativa, podemos incluir además de la manifestaci3n de que el acto tiene por objeto formalizar una declaraci3n de 3ltima voluntad, es donde se consigna el nombre del c3nyuge si es casado, las personas con que el testador ha sido casado, el nombre de los hijos habidos o legitimados en cada matrimonio, y de los ileg3timos que tenga por suyos con distinc3n entre vivos y muertos, los bienes y deudas que tuviere, etc.

Esta parte no es obligatoria que conste en el testamento, pero es conveniente ponerla con el objeto de evitar equívocos y contribuir a la claridad de las disposiciones testamentarias. En esta parte vemos muchas veces la causa de las asignaciones por causa de muerte y ello contribuye a la intervenci3n del testamento.

IV.- Estipulaci3n o disposici3n: Para S3nchez Rom3n, estipulaci3n es la parte de la escritura en que se consignan los derechos y obligaciones de los interesados. Este es la parte m3s importante, porque es la expresi3n del v3nculo jur3dico que motiva el acto. La estipulaci3n o disposici3n est3 formada por el acto o contrato mismo, y, en consecuencia, la constituyen los elementos esenciales de los cuales se va a deducir la calificaci3n del acto o contrato. Trat3ndose de testamento, son las cl3usulas que contienen las disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales del testador. Esta parte es esencial, es el alma, la raz3n de ser del testamento y de no existir no podr3amos hablar de que se ha otorgado testamento.-

V.- Advertencia: En esta parte es donde se consignan las explicaciones y recomendaciones que el notario est3 obligado a hacer a los otorgantes. Es una formalidad que se encuentra consignada en el numeral 10 del Art. 32 de la Ley de Notariado. En los testamentos no es necesario que el notario haga advertencia al testador, basta que explique al testador los efectos legales del testamento y que haga constar en el instrumento que cumpli3 con ello.-

VI.- Otorgamiento: Comprende esta parte las cláusulas de la escritura pública en que el notario dá fe de haberse leído el instrumento, de encontrarse presentes las partes al momento de la ratificación y de las firmas y de haber cumplido las solemnidades que la ley establece en particular para el acto que se realiza. Cuando el acto es un testamento nuncupativo, la parte denominada otorgamiento comprende la dación de fe que hace el notario respecto a los puntos siguientes: de que el testador hizo la manifestación de voluntad a su presencia y a la de los testigos; de que durante el otorgamiento han estado presentes un mismo notario, -- unos mismos testigos y el testador; de que se procedió a la lectura del testamento en forma íntegra y en un solo acto por el notario autorizante; de que durante la lectura ha estado el testador a la vista y a las personas cuya presencia es necesaria han oído todo el tenor de las disposiciones; que después de la lectura el testador ha ratificado lo escrito; que tanto el testador y los testigos han firmado la escritura; de que el testador se encuentra en su sano juicio y aquellas solemnidades especiales que señala la ley cuando el testador es sordo, ciego o no puede firmar.- Tales solemnidades especiales son tratándose de un sordo que éste ha -- leído por sí mismo el testamento o si no sabe leer la persona designada para hacerlo, si el testador es ciego, deberá hacerse constar que el testamento fue leído dos veces, una por el notario y otra por uno de los -- testigos expresándose cuál de todos es quien la ha hecho, y si el testador no sabe firmar o está imposibilitado para hacerlo, deberá hacer constar esa circunstancia, expresándose el motivo por el que se encuentra im -- posibilitado o si no sabe hacerlo, y la persona que firma a su ruego.-

VII.- Autorización: Es la parte final de la escritura y se verifica cuando el notario pone su firma al final de lo escrito, imprimiéndole -- así autenticidad al instrumento.

FASE DE OTORGAMIENTO.- Es la fase más importante en el proceso de formación del testamento abierto, siendo en definitiva, la que propiamente constituye la ordenación testamentaria. En esta fase el testador expresa su voluntad al notario, ratifica el testador lo escrito y por último se procede a la suscripción del testamento. Resumiendo podemos decir que esta fase comprende, por su orden las siguientes partes: la nuncupatio, la lectura, la ratificación y suscripción.-

1o.- La nuncupatio.- Dice el Art. 1005 que el testamento abierto, -- público o nuncupativo es aquel en que el testador hace sabedoras de sus disposiciones al notario y a los testigos, y el Art. 1010 completa el -- concepto al decir que "lo que constituye esencialmente el testamento -- abierto, es el acto en que el testador hace sabedoras de sus disposiciones al cartulario y a los testigos". Por lo dicho en los artículos relacionados sostengo que la fase de otorgamiento no solo consiste, como lo expresan muchos autores, en la lectura ratificación y firma, sino que además comprende la nuncupatio o manifestación de voluntad hecha por el -- testador a presencia de las personas que de conformidad a la ley deben -- presenciar el acto.

En la práctica no se cumple con esta solemnidad, no obstante que el notario hace constar en el testamento que se ha cumplido con ella, por -- que después de redactado el testamento el notario reúne al testador y a los testigos y procede a la lectura y demás partes de esta fase. Pero ésta es una práctica viciosa, porque es el testador quien debe hacer la ma -- nifestación de voluntad en presencia del notario y testigos, y por la -- lectura que del testamento hace el notario ante los que concurren al ac -- to y la ratificación que de ella hace el testador no podemos decir que --

el testador hizo una manifestación de voluntad en la forma que establece la ley. Para terminar con esa práctica, el notario debe hacer que el testador haga la manifestación de voluntad en presencia suya y de los testigos y luego proceder a la lectura y demás partes del otorgamiento.-

2o.- Lectura del testamento: Momento importante del otorgamiento del acto testamentario es la lectura de lo que ha redactado y escrito el notario. El fin de la lectura es comprobar la concordancia entre la voluntad del testador hecha en la nuncupatio y lo escrito y redactado por el cartulario; es, pues, una solemnidad esencial del otorgamiento, y su omisión entraña la nulidad del acto.

En lo concerniente a la lectura del testamento es necesario hacer las siguientes consideraciones:

a) La lectura debe ser completa, de principio a fin sin que pueda quedar parte alguna reservada. Así lo exige el inciso 2o. del Art. 1012 "será todo leído en alta voz por el cartulario"; en numeral 11 del Art. 32 de la Ley de Notariado es más explícito, pues tratándose de los requisitos que debe contener la matriz, dice: "que escrito el instrumento se lea íntegramente por el notario a los otorgantes, en un solo acto a presencia de los testigos si los hubiere.....". Esta exigencia legal se debe a que sólo a través de la lectura total de lo escrito el testador comprueba si el instrumento refleja exactamente su voluntad, y los testigos se imponen perfectamente de la voluntad del testador.

b) La lectura debe hacerse en alta voz, tal como lo prescribe el inciso 2o. del Art. 1012 C.. La expresión "alta voz" significa que la lectura ha de hacerse en tal forma y con tal intensidad que sea audible perfectamente para el testador y los testigos.

c) La lectura ha de ser hecha por el mismo notario autorizante. Punto que ha sido muy discutido por los expositores en que unos como Melucci, Claro Solar, Fassi, Borda, para citar ejemplos, sostienen que ha de ser leído el testamento por el propio notario, otros como Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant etc., son de opinión de que debe tenerse un criterio más amplio respecto a este punto, y que no exista nulidad por el hecho de que la lectura se haga por el testador, los testigos o un tercero que el testador o el notario designe. Sin embargo, nuestra legislación establece en forma terminante que la lectura debe hacerse por el notario mismo.

En ciertos casos además de la lectura que hace el notario el testamento debe ser leído otra vez; esta segunda lectura tiene su origen en la ley o en la voluntad del testador. La ley exige que se haga una segunda lectura por persona distinta del notario tratándose del testamento del sordo y del ciego. Si se tratara del testamento del sordo, de acuerdo a lo establecido en el inciso final del Art. 1012 C., es el mismo testador quien hace esta segunda lectura, pero si no supiera leer debe designar una persona que lo haga en su nombre, pero sea que el testador mismo haga esta segunda lectura o el tercero designado por el testador, siempre se hará en presencia de los testigos y el notario si fuere el testador quien la hace y si fuere el tercero deberán estar presentes el testador, notario y testigos. En el caso del ciego también existe doble lectura del testamento, así lo dice el Art. 1014 C., la segunda lectura se hace siempre por uno de los testigos que designe el testador. No tratándose del testamento del ciego ni del sordo, el testador puede solicitar al notario que repita la lectura, repetirla el mismo testador o la persona que designe, facultad concedida por el Inc. 2o. del No. 11 del artículo 32 de la Ley de Notariado. Tratándose de una segunda lectura impuesta por la ley ésta debe hacerse constar en el testamento, pero tra--

tándose de una segunda lectura hecha a petición del testador no es necesario que conste en el instrumento.

d) Por último, mientras el notario lee el testamento deberá el testador estar a la vista, y los testigos oírán todo el tenor de las disposiciones, tal como lo expresa el inc. 3o. del Art. 1012 C. La lectura debe hacerse al testador en presencia de los testigos que lo ven, no basta que el testamento sea leído al testador y luego a los testigos o viceversa, y esta solemnidad deberá hacerse constar en el instrumento.

3o.- La ratificación o conformidad del testador: La ratificación es la aprobación que el testador da a lo escrito en el instrumento que se le ha leído, o sea la manifestación de que lo leído está conforme con su voluntad. La expresión ha de ser de completa conformidad, sin que la ley exija palabras determinadas, bastando cualquier expresión del testador que resulte concluyente para el notario y los testigos. La ratificación es ineludible, siendo nulo el testamento en que no consta esa conformidad, sin que basta para suplirla la mera estampación de la firma.-

4o.- La suscripción o firma del testamento: Según el Art. 1013 "terminará el acto por las firmas del testador y testigos, y por la del cartulario". Esto es el principio general, pero admite como excepción el caso de que el testador no supiere o no pudiera firmar.

En cuanto al testador es imprescindible su firma o la mención de no saber o no poder firmar, y en caso de que no firme el testador se presuntan los supuestos siguientes:

a) El testador no sabe firmar: Ello no es obstáculo para el otorgamiento del testamento abierto, es una de las ventajas de esta forma testamentaria pues de esa forma pueden hacer uso los analfabetos pero ellos sólo pueden otorgar testamento nuncupativo. Dispone el Inc. 2o. del Art. 1013: Si el testador no supiere o no pudiera firmar, lo hará a su ruego cualquiera de los testigos u otra persona". Debe ser cierto que el testador no sabe firmar, pues de lo contrario se evidencia una negativa premeditada de hacerlo, de no dar su asentimiento al acto que se está realizando, presumiéndose por lo tanto coacción. Si el testador sabe firmar pero no leer y escribir, es necesario que firme. El que debe declarar que no sabe firmar es el testador. El notario debe requerir la firma, pero si el testador le indica que no sabe firmar su obligación consiste en hacer constar en el testamento la manifestación del testador.

b) El testador sabe firmar pero no puede hacerlo: Es el caso de imposibilidad de firmar por causas físicas sobrevinientes, accidentales o definitivas, como la amputación de las manos, fracturas y heridas de las mismas, pérdida del uso de las manos por parálisis, temblor excesivo por ciertas enfermedades, reumatismo deformante, debilidad física extrema, etc. Pero el notario está obligado a hacer mención de la declaración del testador así como de la causa que le impidió firmar.

Pero en caso de que el testador no firme, porque no sepa o no pueda hacerlo, de acuerdo con lo establecido por el Art. 1013 C. y numeral 12 del Art. 32 de la Ley de Notariado, firmará a su ruego uno de los testigos u otra persona mayor de dieciocho años y el testador dejará la impresión digital del pulgar de la mano derecha o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará al notario y si no fuere posible dejar impresión digital de cualquier dedo por no tenerlos, el notario hará constar tal circunstancia.

En cuanto a los testigos es imprescindible su firma, no obstante lo dispuesto en el inciso final del Art. 1013 C., porque la Ley de Notariado prescribe que para ser capaz de testificar en un acto notarial debe -

la persona saber leer y escribir. La duda se presenta respecto de los testigos que pueden firmar pero se encuentran imposibilitados para hacerlo. Este caso es difícil que se dé porque el notario, por precaución, rechazaría un testigo en tal circunstancia si la ley permitiera que testigos en tal circunstancia si la ley permitiera que testificara en un acto, pero dándose tal supuesto, soy de opinión de que el testamento sería nulo por falta de la firma de un testigo, ya que la Ley de Notariado exige siempre la firma de los testigos y no contempla el caso de que alguno de los testigos esté imposibilitado para firmar. Ello se debe a que el inciso último del Art. 1013 ha sido derogado por el numeral 12 del Art. 32 de la citada ley, ya que dicho inciso sí tenía razón de ser cuando la capacidad testifical estaba regulada por el Código civil, pero en la actualidad esa regulación se encuentra contenida en la Ley de Notariado.

Dentro de las fases de formación del testamento la fase de otorgamiento es la más importante, pues es esta fase la que da al testamento existencia jurídica y validez formal. Sobre la fase del otorgamiento ha centrado la jurisprudencia los problemas relativos a las solemnidades requeridas para la validez del acto, siendo los principales relativos a: la presencia de testigos, la unidad del acto y la dación de fe.

En la fase de otorgamiento es imprescindible, so pena de nulidad, la presencia de los testigos instrumentales; no sucede así en las otras fases del proceso formativo del testamento, en las que no requiere la ley de la concurrencia de testigos. Nuestra legislación sigue este corriente, regula específicamente la fase de otorgamiento y respecto a las otras fases del proceso formativo guarda silencio, refiriéndose a la fase material en el Art. 1012 C. Otras legislaciones exigen esa presencia en todas las fases. La doctrina italiana se ha pronunciado por la presencia de testigos en todas las fases del proceso formativo del testamento, aduciendo que solo de esa manera puede acreditarse que la redacción notarial coincide con el pensamiento del testador.

Respecto a la unidad del acto, esta solo se requiere para la fase de otorgamiento en la cual se cumplen las solemnidades exigidas por la ley. Existe unidad del acto cuando todas las solemnidades requeridas por la ley para el otorgamiento del testamento se cumplan en un solo acto, de una sola vez, sin que sea lícita ninguna interrupción. Es decir, que en un solo acto debe hacerse la nuncupatio, lectura, ratificación y firma del testamento. Y es que el acto solemne no comienza hasta que presente testador, notario y testigos al testador hace su declaración de voluntad y se continúe con las demás fases del otorgamiento hasta concluirlos.

Para concluir diré que el testamento debe contener en sí la prueba de su regularidad, por tal motivo la ley exige que se haga mención de que se han cumplido todas las solemnidades exigidas para la validez del acto. La mención que hace el notario que se han cumplido las solemnidades exigidas por la ley es lo que llamamos "dación de fe".

Existen dos sistemas notariales de dar fe del cumplimiento de las solemnidades y formalidades exigidas por la ley. Uno general, que tiene la ventaja de simplificar la ordenación del acto y evitar que por el olvido de alguna mención especial pueda anularse. El otro sistema es el particular, o sea, que el notario debe hacer constar, dar fe, que se ha cumplido con las solemnidades exigidas por la ley pormenorizándolas. Nuestra legislación ha adoptado el segundo sistema, en previsión de que la cláusula de dación general de fe pueda convertirse en un mero formalismo. Por la importancia de algunas solemnidades en particular la ley exige la dación de fe específica de haberse cumplido determinadas solemnidades de carácter singular.

La dación de fe de haberse cumplido formalidades legales viene a constituir el cierre del instrumento. Afecta exclusivamente al notario y con ella el cartulario declara la perfección jurídica del instrumento.

De acuerdo con la naturaleza del acto que se realiza, el notario debe dar fe de que se han cumplido ciertas solemnidades específicas exigidas por la ley particularizándolas.

Tratándose del testamento abierto, la ley impone al notario la obligación de dar fe en especial de los siguientes puntos:

1.- que conoce a los testigos y que éstos conocen al testador.-

2.- Que el testador se encuentra en su sano juicio y que tiene capacidad legal para otorgar testamento. La ley establece que en todo testamento el notario y los testigos deben formar un juicio sobre el estado mental del testador. La capacidad legal es un hecho difícil de apreciar, que no siempre pueda atestiguar-se con certeza. Sánchez Román censura esta obligación impuesta al notario y testigos, porque su impericia para formarse un juicio sobre el estado mental del testador es evidente. El notario debe dar fe de que el testador se encuentra en su sano juicio, y los efectos jurídicos de esta mención son, como dice Puig Peña, una fuerte presunción juris tantum que precisará para desvirtuarla pruebas evidentes, concluyentes y convincentes.-

3.- Debe dar fe de que se cumplieron los fases del otorgamiento.-

4.- Debe dar fe de la declaración del testador de que no sabe o no puede firmar y de que firma a su ruego uno de los testigos u otra persona.-

5.- Tratándose del testamento del ciego o del sordo debe el notario dar fe de que se hizo una segunda lectura y el nombre de quien la verificó.-

IV.- PERSONAS QUE SOLO PUEDEN OTORGAR TESTAMENTO ABIERTO; TESTAMENTO DEL CIEGO Y TESTAMENTO DEL ANALFABETO.-

La libertad de elección de las ofrmas testamentarias solemnes establecidas por la ley en ciertos casos está limitada para determinadas personas. Esta limitación se establece como garantía de la declaración de última voluntad de determinadas personas, pues hay quienes la ley les permite testar solo nuncupativamente y otros que solo pueden hacerlo mediante el testamento cerrado.

Nos ocuparemos, por de pronto, de aquellos que solo pueden testar nuncupativamente, o sea, del ciego y del que no puede leer y escribir.

TESTAMENTO DEL CIEGO

El ciego no puede otorgar testamento cerrado, pues carece del sentido de la vista y ello le coloca en situación de ser engañado con facilidad ya que no tiene seguridad de que los sobres que presenta al notario manifestándole que contienen cada uno su testamento sean los mismos que él ha escrito o ha hecho escribir no pudiendo, por tanto, controlar si ese testamento responde efectivamente a su querer sucesorio.

Por los peligros que para el ciego presenta el testamento cerrado,

el Art. 1014 establece que el ciego solo pueda testar nuncupativamente, porque con esta forma se asegura la conformidad absoluta de la escritura con la disposición del testador, y se garantiza la ejecución exacta de su última voluntad.

Justiniano estableció una forma determinada para el testamento del ciego, pues exigió para dicho testamento que a más de los siete testigos compareciera un escribano a quien el ciego dictaba sus disposiciones, que aquel escribía, para leer en seguida el testamento delante de los testigos y el testador quien debía expresar, su conformidad.

Justiniano, en su constitución *Hac. consultissima*, dispuso que el testador que fuere ciego de nacimiento o que hubiera perdido la vista, a más de los siete testigos exigidos ordinariamente debía convocar también a un escribano, a quien, en presencia de los testigos, debía dictar sus disposiciones para que se impusieran de ellas y el escribano las escribiera. En caso de que no lograra que concurriera un escribano, debía llamar y rogar a un octavo testigo que lo reemplazara y este es quien debía escribir el testamento que se dictaba. El escribano, o el testigo que hacía sus veces, leía a continuación lo escrito y después de dar su conformidad al testador, lo firmaban y signaban todos.

Las Partidas, reproduciendo las leyes romanas, facultaban al ciego para otorgar testamento abierto ante escribano y siete testigos (ley 14, tit. I, Partida 6a.). El Ordenamiento de Alcalá, ley única del título diecinueve, redujo el número de testigos en los testamentos según se otorgaran con la asistencia de notario o sin ella, y nada dispuso sobre el testamento del ciego. Para suplir esta omisión, la ley 3 de Toro estableció que en el testamento del ciego debían concurrir no menos de cinco testigos, pero dejó en duda si era necesaria o no la presencia de notario a más de los cinco testigos.

El Código Civil previendo los abusos y engaños de que puede ser víctima el ciego estableció en el Art. 1014 esp. citadas garantía al decir;

""""Art.- 1014 El ciego solo podrá testar nuncupativamente y ante cartulario, o Juez de Primera Instancia y cinco testigos o, en defecto de aquellos funcionarios ante un Juez de Paz y siete testigos. Su testamento será leído en alta voz dos veces: la primera por el cartulario o funcionario, y la segunda por uno de los testigos elegidos al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento.-----

El artículo transcrito ha sido modificado parcialmente por la Ley de Notariado vigente, pues sea que se otorgue el testamento ante notario o funcionario que ejerza función notarial, siempre deberán concurrir al otorgamiento tres testigos; además, en dicho artículo se ha derogado el testamento hecho ante Juez de Paz, porque éstos ya no ejercen función notarial tratándose de testamento como sucedía ant. s. A partir de la promulgación de la Ley de Notariado vigente, nuestra legislación se aparta de la anterior en cuanto a la especialidad de la forma, pues ésta no consiste ya en el número de testigos, sino en una doble lectura del testamento.

TESTAMENTO DEL QUE NO SABE LEER Y ESCRIBIR

Dice el Art. 1016 que "el que no sepa leer y escribir no podrá otorgar testamento cerrado", por tanto, el analfabato solo puede otorgar testamento abierto.

Las mismas razones que existen para que el ciego no pueda otorgar testamento cerrado se aplican al caso del analfabeto, pues si bien el testamento cerrado puede ser escrito a ruego por un tercero, es necesario que el testador se asegure que es la expresión fiel de su voluntad y ello no es posible cuando el testador es analfabeto, porque no puede leer lo que está escrito.

El testamento abierto que otorga el analfabeto no tiene solemnidades especiales y en ello se diferencia del testamento abierto del ciego.-

CAPITULO TERCERO

DEL TESTAMENTO SOLEMNE CERRADO

I.- CONCEPTO DE TESTAMENTO CERRADO

El testamento cerrado o secreto es la otra forma solemne de testar admitida por nuestra legislación, y se caracteriza por el hecho de que no es necesario que las personas cuya presencia es requerida (notario y testigos) conozcan las disposiciones del testador, tal como lo expresa el inciso último del Art. 1005.

Del testamento cerrado se han dado muchas definiciones, unas señalando sus características más relevantes, otras describiendo sus partes y formas de otorgamiento; pero todas las definiciones que se han dado - tienen en común el dar una idea clara de lo que es el testamento cerrado. Veamos unas cuantas definiciones:

Planiol dice: "Testamento cerrado es aquél que, redactado por el testador o bajo su dirección personal, se presenta cerrado y sellado a un notario, quien levantará acta del testamento suscribiéndola a continuación".

Para Puig Peña el testamento cerrado "es aquél en que el testador sin revelar su última voluntad, manifiesta, en presencia del notario y los testigos que han de autenticar el acto, que aquella se halla contenida en el pliego cerrado y sellado que al efecto presenta".

Testamento cerrado dicen Colin y Capitant, es un documento escrito por el testador u otra persona y que se presenta ante testigos, en sobre sellado, a un notario, el cual levanta acta de su otorgamiento sobre la cubierta del pliego.

El profesor Fassi define el testamento cerrado diciendo que es el que el testador presenta al escribano, en pliego cerrado, en presencia de testigos, con la manifestación de que contiene su testamento y en cuya cubierta se levantará acta en que así conste.

El Art. 680 del Código Civil español dice: "El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto".

Hemos visto que el Art. 1005 de nuestro Código Civil establece como característica del testamento cerrado, que lo distingue del testamento abierto, el ser secretas sus disposiciones. Pero el testador puede dar a conocer sus disposiciones al notario, a todos o a algunos de los testigos; sin embargo, este conocimiento es ajeno al otorgamiento del testamento. Por eso dice el inciso primero del Art. 1017 que "lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al cartulario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el Notario y testigos le vean, oigan y entiendan,, que en aquella escritura se contiene su testamento" - de donde vemos que en el testamento cerrado la ley prohíbe la publicación formal del contenido de las disposiciones de última voluntad.-

El testamento cerrado tiene las características siguientes: 1a.- Supone el secreto material de las disposiciones, 2a.- Consta de dos partes una privada y otra pública, 3a. Es un acto escrito y, 4a.- Es un acto notarial.-

1a.- El testamento cerrado supone el secreto material de las disposiciones: Hemos visto que el testamento abierto es público, con las modificaciones propias del caso, porque es de la esencia de ese testamento que las disposiciones sean conocidas del notario y los testigos; en cam

bio el testamento cerrado es secreto, por haberse encerrado la declaración de última voluntad en una cubierta o sobre que sólo se abrirá después de fallecido el otorgante. Es decir, que en el testamento cerrado hay clausura material de las disposiciones porque nadie puede leer el testamento ya que se encuentra encerrado dentro de una cubierta. El testador en forma privada puede dar a conocer el contenido de sus disposiciones para ese conocimiento privado no forma parte del otorgamiento, ya que el testador no puede oficialmente dar a conocer sus disposiciones. Por eso se dice que en el testamento cerrado se prohíbe la publicidad formal de la voluntad testamentaria.

El testamento cerrado es conocido con el nombre de testamento secreto, porque, como dijimos, supone el desconocimiento de las disposiciones del testador y si ese secreto no es total ni obedece a la naturaleza del testamento cerrado sino a una conducta imputable al testador. Se le llama también testamento místico en caso de que ni el notario, ni los testigos tengan conocimiento del contenido de la escritura que se les presenta diciéndoles que en ella se contiene el testamento.

2a.- El testamento cerrado consta de dos partes: una privada y otra pública: el cuerpo del testamento y el acta de la cubierta. El cuerpo es un instrumento privado ajeno a la intervención del notario, que permanece exclusivamente del testador, y que solo valdrá como instrumento público des ués de la protocolización; en cambio el acta de la cubierta es un instrumento público.

Dice Valverde y Valverde que hay que distinguir en el testamento cerrado entre el fondo y la forma: el fondo o declaración secreta de la voluntad del testador es un documento privado; pero la parte externa o puramente formal tiene las características de documento público. (18)

3a.- El testamento cerrado es un acto escrito. Hemos visto que no puede haber voluntad testamentaria sin documento escrito, pues la escritura es de la esencia o existencia del testamento. En cuanto al testamento cerrado, además de lo establecido en el Art. 1006 C., el Art. 1017 hace resaltar esta característica. El cuerpo del testamento es un documento privado que debe estar escrito por el testador o por un tercero quien lo redacta bajo la dirección personal del testador.

4a.- El testamento cerrado es un acto notarial. El testador debe presentar el cuerpo del testamento al notario y testigos manifestándoles que ese es su testamento, que se encuentra contenido en el sobre cerrado; en virtud de esa manifestación, el notario debe levantar acta notarial sobre la cubierta en que consta el otorgamiento. Vamos, pues, que es imprescindible la intervención de un cartulario en esta forma testamentaria pues dicha intervención le da carácter de instrumento público a la carátula.

El testamento cerrado es una forma intermedia entre el testamento abierto y el ológrafo; permanece secreto en cuanto a su contenido, como éste, y en cuanto se declara su existencia, como en el abierto. Valverde y Valverde establece tres categorías de testamentos solenes: los públicos, los privados y los mixtos y el testamento cerrado lo incluye en esta última categoría por participar de las características de las otras dos.

Podemos ya señalar las ventajas y desventajas que ofrece el testamento cerrado. Siendo una forma híbrida resultante de la fusión de los elementos del testamento abierto y cerrado, tiene como ventaja sobre el primero el secreto de sus disposiciones, con lo que se evita recriminaciones o mala voluntad de quienes esperaban ser favorecidos o mejor tra-

(18) Valverde y Valverde, Ob. citada, Tomo V Pág. 99.-

tados en el testamento; sobre el ológrafo tiene la ventaja de ser inviolable y, además, de estar mejor garantizada su conservación. También -- tiene como ventajas el ser la única forma que pueden utilizar quienes -- no hablan el idioma castellano y los que no pueden darse a entender de viva voz pero si pueden hacerlo por escrito.

Como desventajas del testamento cerrado tenemos, sobre el ológrafo el ser más oneroso y recargado de formalidades que si no se cumplen el testamento será nulo. Con respecto al testamento abierto, tiene la desventaja de ser susceptible de contener defectos técnicos e impropiedades de lenguaje que hubiera evitado la intervención del notario.

Modernamente el testamento cerrado se ha vuelto impopular por el -- excesivo número de formalidades que se exigen para que quede perfecta-- mente otorgado y que, en muchos casos, determinan su nulidad por falta de alguno de aquellos requisitos. Así vemos que en las legislaciones -- más avanzadas se ha suprimido esta forma de testar, ya que en los Códigos de factura más recientes, como el suizo y alemán y aquellos redactados por su influencia, lo han suprimido. El proyecto de Código Civil argentino de 1936 lo ha eliminado, aduciendo que el testamento cerrado no responde a ninguna necesidad práctica.-

II.- PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL TESTAMENTO SOLEMNE CERRADO.-

El precedente más remoto del testamento cerrado lo encontramos en el Derecho Romano, porque los romanos lo conocieron, al decir de Vitali, desde la Ley de las XII Tablas. Su origen está en el testamento per aes et libram, mejor dicho, en una de sus variedades, pues la nuncupatio tenía en efecto dos formas: una oral, antecedente del testamento abierto, y una forma escrita (in scriptis) que era el documento escrito sobre tablas de cera cerradas por medio de cordoncitos; aquí la nuncupatio se -- reducía, en el otorgamiento, a la declaración de que las tablas contenían el propio testamento sin enterar a los testigos de su contenido. -- Al otorgamiento del testamento cerrado o in scriptis, de los primeros -- tiempos del Derecho Romano, debían concurrir siete testigos que firmaban con el testador las tablas del testamento; si el testador no sabía o no podía firmar, tenía que rogar a un testigo más para que firmara -- por él, y todos los testigos debían de sellar el testamento.

Más tarde, una constitución de Teodosio y Valentiniano (Novela II, 16, i), recogida después en el Código de Justiniano (Cod. VI, 23, 21, -- Ley Hac Consultissima) vuelven a autorizar al testamento in scriptis, -- al permitir que el testador mantenga secretas sus disposiciones, presun-- tando el testamento escrito por él o por otro, cuidadosamente cerrado, ante siete testigos declarando que aquél era su testamento mediante la -- fórmula sacramental: "hanc, ita ut in his tabulis cerisque scriptis --- sunt, ita do, ita iugo, ita testor, itaque, vos quiritis, testimonium -- mihi perhibetote".

El Fuero Juzgo no se refiere especialmente al testamento cerrado, -- pero las formas testamentarias reguladas por la Ley II, título V, Libro II, no hace imposible que el testamento revistiese la forma secreta.

El Código de las Siete Partidas, en su ley II, título I, Partida -- 6a, dice el modo como puede hacerse el testamento si su quisiere hacer "en peridad que no sepa ninguno de los testigos lo que es escrito en -- él", aludiendo así al testamento cerrado. Las formalidades del testamen-- to cerrado exigidas por el Código de las Siete Partidas consistían en --

que el testador debía escribir por sí mismo o conferir a otro la escritura del testamento; después de escrito el testamento debía doblar el pliego y poner en ella siete cuerdas con que lo cerraba de manera que quedaran colgadas para poder poner siete sellos, dejando fuera bastantes pergamino en blanco para que pudieran los testigos escribir sus nombres. Hecho esto, se procedía al otorgamiento que debía hacerse en presencia de siete testigos a quienes tenía que manifestar el testador que su testamento se contenía en el pliego cerrado que presentaba, firmando luego la plica los testigos en unión del testador. Los testigos debían ser rogados por el testador.

El Ordenamiento de Alcalá estableció la intervención notarial en el testamento abierto, pero al no mencionar al testamento cerrado despertó la duda de si se refería sólo al testamento nuncupativo o también al cerrado.

El testamento cerrado ante escribano no se halla establecido hasta la ley 3a. de Toro, pues ésta resolvió la duda planteada por el Ordenamiento de Alcalá ordenando que las solemnidades de dicho Ordenamiento se entendiesen y practicasen para el testamento abierto, y que en el testamento cerrado interviniesen por lo menos siete testigos y escribano. Como la ley 3a. de Toro exigió que el testador firmase la cubierta, provocó diversas interpretaciones entre sus comentaristas, acerca de si era capaz de otorgar testamento cerrado al que no sabía leer ni escribir.

La novísima Recopilación reglamentó en forma particular el testamento cerrado. Así tenemos que la ley 12, tít. 18, libro 10, dice: "En el testamento cerrado que en latín se dice in scriptis, mandamos que intervengan a lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. El escribano debe prevenir en el otorgamiento que tal testigo firmará por el testador, por sí y por los testigos restantes a causa de no saber o no poder, y luego que el mismo lo firme y signe des ués de todos, entregará el testamento así autorizado al testador para que lo guarde en su poder o en el de la persona que elija, pues no debe parar este documento en poder del escribano como tal hasta que se abra y publique, por no ser hasta entonces instrumento público". Este cuerpo legal, además de reglamentar las solemnidades de que estaba revestido, reglamentó también la apertura y publicación del mismo y dicha recopilación sirvió de modelo, en este punto, a los autores de los proyectos de Código Civil español de 1851 y 1852.

En Francia, el testamento cerrado fue usado en el antiguo derecho de las regiones de derecho escrito, pero en las regiones de derecho consuetudinario (coutumes) fue desconocido inicialmente. Después, su uso se hizo extensivo a toda Francia por la Ordenanza de 1735, Art. 4, 9 y siguientes, que lo regula de acuerdo con los principios romanos. El Código de Napoleón (Art. 976 a 979) reprodujo las disposiciones de la Ordenanza de 1735 casi literalmente.

Nuestro Código Civil al igual que el chileno, tienen como fuente el proyecto de don Andrés Bello quien al regular el testamento cerrado se basó en la legislación española anterior a la codificación y en el Código de Napoleón.

III.- CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO CERRADO.-

La capacidad para otorgar testamento cerrado se rige tanto por los principios generales contenidos en el Art. 1002 C., que ya hemos analizado en otro lugar, como por reglas especiales de capacidad propias de esta forma que obedecen a características propias. La ley quiere que además de las condiciones generales de capacidad requeridas para todo testador, quien otorga testamento cerrado debe saber y poder leer, pues al presentar al notario el testamento, su autor, pueda comprobar que es aquél en que está consignada su última voluntad; un ciego y un analfabeta, por lo tanto, no pueden otorgar testamento cerrado.

El ciego, por estar privado del sentido de la vista, no puede leer, circunstancia que lo hace imposible informarse personalmente del contenido del pliego que contiene su testamento. Además, no tiene plena seguridad de que la escritura o pliego que se encierra en la cubierta, sea precisamente la que contiene su declaración de última voluntad.

Se ha discutido en la doctrina si el ciego que sabe leer y escribir sirviéndose de los caracteres de la escritura Braille puede otorgar testamento cerrado. Al respecto, y principalmente en la doctrina italiana, se han sostenido opiniones contrarias.- Vitali y D'Avanzo opinan -- que la incapacidad del ciego para otorgar testamento cerrado, no debe entenderse de una manera absoluta, ya que la expresión leer no debe interpretarse como "leer con los propios ojos", por tal razón, dichos autores sostienen que en caso de que el ciego domine la lectura de los caracteres Braille no debe ser considerado incapaz para utilizar esta forma testamentaria. Por el contrario, Borzari sostiene una tesis opuesta al decir que la expresión leer ha de ser interpretada como "leer con los propios ojos", por lo tanto, no admite la capacidad del ciego para otorgar testamento cerrado, aunque pueda leer los caracteres mencionados.

Estimo que el planteamiento de Vitali y D'Avanzo, aunque impregnado de un gran sentido de justicia, es incorrecto, pues dichos autores no reparan en el peligro que implica el aceptar la capacidad del ciego para otorgar testamento cerrado al estar imposibilitado para verificar por sí mismo si el escrito que presenta como su testamento es realmente el mismo que se coloca dentro del sobre que se cierra y legaliza al el notario, o si el sobre cerrado que presenta es realmente el que legaliza el notario.

El analfabeta, por no saber leer, no puede comprobar si el cuerpo del testamento, redactado por un tercero a su ruego, es la expresión -- fiel de su voluntad. Además la ley exige que el testamento cerrado deberá estar escrito o al menos firmado por el testador (Art. 1017 Inc.3o.), y esta firma debe ser puesta conscientemente. Un analfabeta, por más que haya aprendido a dibujar los caracteres de su nombre, no puede leer lo que firma, por lo tanto, no tiene conciencia de su contenido.-

IV.- SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO CERRADO.-

Las solemnidades del testamento cerrado son las siguientes:

- 1a.- El testamento cerrado debe otorgarse ante notario y cinco testigos.
- 2a.- El cuerpo del testamento cerrado debe estar escrito o al menos firmado por el testador;
- 3a.- El testador debe elaborar dos ejemplares del testamento;

- 4a.- Los dos ejemplares del testamento en cubiertas cerradas separadas deben ser presentadas por el testador al notario y testigos, declarando de viva voz y de manera que el notario y testigos lo vean, oigan y entiendan que en aquellas escrituras se contiene su testamento firmado por él;
- 5a.- Las cubiertas del testamento deberán estar cerradas o se cerrarán exteriormente de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta, pudiendo el testador estampar un sello o marca o emplear cualquier medio para seguridad de las cubiertas;
- 6a.- El notario legalizará cada una de las cubiertas presentadas, y en el acta respectiva expresará bajo el epígrafe "testamento" la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento;
- 7a.- Después de legalizadas las carátulas, el notario deberá extender acta en su protocolo, en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalización;
- 8a.- Unidad del acta;
- 9a.- Presencia durante el otorgamiento del testamento, además del testador, de un mismo notario y unos mismos testigos;
- 10a.- Firmas del testador y testigos sobre las cubiertas legalizadas y en el acta levantada por el notario en su protocolo.-

1a.- El testamento cerrado debe otorgarse ante notario y cinco testigos: El testamento cerrado es en nuestra legislación un acto notarial; en consecuencia, debe otorgarse ante notario o funcionario investido de función notarial, puesto que el Art. 40 numeral 1o. de la Ley de Notariado dice que los testamentos solemnes "sólo podrán otorgarse ante notario o en su defecto ante Juez de Primera Instancia y, en su caso ante agente diplomático o consular salvadoreño".

Deben también concurrir al otorgamiento cinco testigos, así lo indica el numeral 3o. del Art. 40 de la Ley de Notariado al decir: "en los testamentos abiertos, los testigos serán siempre un número de tres; pero en los testamentos cerrados bastará la concurrencia de cinco testigos". - El número de testigos que deben concurrir al otorgamiento del testamento cerrado era de siete como una reminiscencia de la antigua legislación española, pero a partir de la promulgación de la Ley de Notariado vigente - su número se rebajó a cinco, con el objeto de poner a tono nuestra legislación con la moderna tendencia legislativa de atemperar las solemnidades en materia de testamento.-

2a.- El cuerpo del testamento cerrado debe estar escrito o a lo menos firmado por el testador: Así lo expresa el Inc. 3o. del Art. 1017. El cuerpo del testamento es un documento privado que puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, que el testador presenta bajo cubierta al notario y testigos y que contiene sus disposiciones de última voluntad. Ahora bien, cabe preguntarse ¿cuál es el alcance de la disposición legal que establece que el testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador?. Lo que la ley quiere decir es que el testamento debe estar escrito y firmado por el testador, ya que la redacción de la disposición no dice que el testamento debe estar escrito o firmado por el testador, sino que quiere que el testamento esté escrito y firmado, o a lo menos firmado por el testador.

Pero puede darse el caso que el testamento sea escrito por otra persona a ruego del testador y bajo su dirección personal; en tales casos -

daba firmar la escritura, pues con la firma demuestra que el contenido del testamento está conforme con su voluntad. Por eso la ley dice que el testamento debe estar escrito por el testador, "o a lo menos firmado -- por el testador".

El Art. 41 de la Ley de Notariado dice: "Si se tratara de un testamento cerrado, el testador deberá presentar al Notario y testigos, dos ejemplares del mismo en cubiertas separadas, expresando de viva voz y en forma clara y precisa, salvo el caso del inciso segundo del Art. 1018 C., que estas cubiertas contienen cada una un ejemplar de su testamento, y que estén firmadas por él. Su". Por lo que de acuerdo con el artículo transcrito y la redacción del inciso 3o. del Art. 1017 es imprescindible la firma del testador en el cuerpo del testamento aunque éste haya sido escrito de puño y letra del testador. El Art. 41 de la citada ley vino a aclarar la duda contenida en el Art. 1017 acerca de la firma del testador, y por ello ya no podemos tomar en cuenta la opinión de Barros Errazuriz, Meza Barros y otros tratadistas chilenos que sostienen -- que no es necesaria la firma cuando el testamento ha sido hecho de puño y letra por el testador.-

3a.- El testador debe elaborar dos ejemplares del testamento.- La Ley de Notariado vigente introdujo esta innovación en el testamento cerrado con el propósito de evitar la nulidad del testamento en caso de ruptura de la cubierta, y que la voluntad del testador se volviera ineficaz por el extravío o destrucción del testamento.

A pesar de que con esta nueva solemnidad se ha aumentado las formalidades de esta forma testamentaria, la considera beneficiosa por dar mayores garantías al testador de que se cumplirá su voluntad.

4a.- Los dos ejemplares del testamento, en cubiertas separadas, deben ser presentados por el testador al notario y testigos declarando de viva voz el testador y de manera que el notario y testigos lo vean, oigan y entiendan que en aquellas escrituras se contiene su testamento y que están firmadas por él; esto es lo que constituye en esencia el testamento cerrado o secreto, puesto que el testador no hace sabedores de sus disposiciones al notario y testigos limitándose únicamente a decirles -- que en las escrituras cerradas que presenta se contiene en cada una de ellas un ejemplar de su testamento. Por eso dice el Art. 1017 Inc. 1o.; "Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al cartulario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el notario y testigos lo vean, oigan y entiendan, salvo el caso del artículo siguiente, que en aquella escritura se contiene su testamento". Se marca con esta disposición la diferencia entre el testamento cerrado o secreto y el abierto o nuncupativo, puesto que en este último el testador debe hacer sabedores de las disposiciones a las personas que deben concurrir al otorgamiento.-

Por eso el testamento cerrado es secreto, y si el secreto no es total, ello obedecería a una conducta imputable al testador por haber dado noticias de sus disposiciones.

La declaración que el testador hace al notario y testigos no es la de sus disposiciones de última voluntad, sino de que las escrituras que les presenta, y a las cuales no se da lectura, contienen su testamento y que están firmadas por él; declaración que debe ser hecha por el testador al escribano y testigos reunidos, todas las cuales concurren al acto, de palabra y de manera que el notario y testigos lo vean, oigan y entiendan.

Si el testador fuera mudo o no hablara el idioma castellano tal como lo indican el Inc. 2o. del Art. 1017 y el Art. 1018, podrá hacer la --

declaración mencionada escribiéndola a presencia del notario y testigos.

5a.- Las cubiertas del testamento deberán estar cerradas o se cerrarán exteriormente de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta, pudiendo el testador estampar un sello o marca o emplear cualquier medio para seguridad de las cubiertas; Así lo disponen los incisos 4o. y 5o. del Art. 1017.

El testamento después de redactado deberá ser cerrado; la finalidad del cierre es también la de evitar la substitución de un testamento falso al verdadero. La ley permite al testador estampar sobre la cubierta - un sello o marca o emplear cualquier otro medio para su seguridad.

La cubierta debe quedar bien cerrada, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romperla o dejar señales de su violación. La ley no dice la forma en que deben cerrarse las cubiertas, por lo que estimo que el cierre debe ser en tal forma que sea imposible extraer el testamento sin romper la cubierta o que queden en la misma señales inequívocas de que se ha abierto.

Generalmente el cierre de las cubiertas se realiza inmediatamente - después de haberse escrito el testamento. Pero el inciso 4o. del Art. -- 1017 permite, si no se hubiera hecho anteriormente, cerrar las cubiertas al presentarlas al notario y a los testigos.

La ley no lo dice, pero es importante, que los testigos retengan en su poder al tiempo necesario las cubiertas ya cerradas, con el objeto de examinar el cierre y en qué consiste, pues de conformidad al Art. 871 Pr. deberán declarar, cuando se proceda a la apertura y publicación del testamento, si en su concepto la cubierta está cerrada, sellada o marcada - como en el acto de la entrega.

Entre nosotros la nulidad del testamento cerrado motivada por la rotura de la cubierta ya no es fácil darse, porque en la actualidad el testamento cerrado se otorga por duplicada, y para que se de la nulidad por el motivo indicado, es necesario que ambas carátulas estén rotas o presenten signos inequívocos de haberse abierto. Al respecto dice el -- Art. 42 de la Ley de Notariado: "El sobre guardado en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, sólo podrá ser utilizado para fines judiciales, en los casos de extravío, destrucción o cuando por otra causa razonable que calificará el juez, no pueda presentarse el otro sobre. En estos casos el Juez competente lo solicitará a la Corte expresando los motivos y el Secretario de este Tribunal, lo entregará al Juez previa la orden correspondiente... Igual procedimiento se observará cuando el original presentado, sea impugnado judicialmente de falsedad civil o criminal".-

6a.- El notario legalizará cada una de las cubiertas presentadas, y en las actas respectivas expresará bajo el epígrafe "testamento" la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento. La legalización de las cubiertas es un acta notarial que se redacta sobre cada una de las cubiertas, y las enunciaciões que debe contener, de conformidad a lo establecido por el Inc. 6o. del Art. 1017, equivalen a la solemnidad establecida por el Art. 1011 para el testamento nuncupativo. Por ser la legalización de cada carátula un acta notarial que se redacta sobre la cubierta, la ley ha reducido -- las enunciaciões que en ellos deba hacerse, y se reducen a los datos necesarios para establecer con toda certeza la identidad del testador y -- testigos, la apreciación que hace el notario de hallarse el testador en su sano juicio y el lugar, día, mes y año del otorgamiento. No indica la ley que el notario debe hacer constar la nacionalidad del testador y de-

más datos relacionados con la familia que exige el Art. 1011, pero en la práctica muchos notarios consignan las referidas enunciaci^ones, así como también hacen relación a que el testador ha presentado al notario y testigos las escrituras cerradas expresando de viva voz que en ellas se contiene su testamento, habiéndolo todos visto y oído y entendido. Pero aunque puedan considerarse estas enunciaci^ones como formalidades superfluas, considero esta práctica muy saludable, puesto que con ellas se deja constancia del hecho del otorgamiento.

7a.- Después de legalizadas las cubiertas, el notario debe extender en su protocolo acta en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalizaci^on. La Ley de Notariado, en el Inc. 2o. del Art. 42, exige esta solemnidad al decir: "Inmediatamente después, extenderá acta en su protocolo, firmándola con el testador y los mismos testigos, en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalizaci^on". Este acta es de gran importancia porque debido a los escasos requisitos exigidos por la ley para la legalizaci^on de las cubiertas estas son diminutas y en ellas no se puede hacer constar las solemnidades que se han cumplido en el otorgamiento del testamento cerrado. En el acta que levanta el notario autorizante en su protocolo debe hacer constar lo siguiente: a) que el testador o presencia de los testigos le entregó dos escrituras cerradas, declarando de viva voz y de manera que él y los testigos lo vieron, oyeron y entendieron, que en aquellas escrituras se contiene su testamento y que cada ejemplar del testamento está firmado por él; b) que las cubiertas del testamento estaban cerradas, o se cerraron exteriormente; c) los sellos usados por el testador para asegurarlas en las cubiertas; d) que durante el otorgamiento han estado presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos y que no ha habido interrupci^on alguna, y si la hubo a qué se debió; e) que el testador y testigos firmaron las cubiertas legalizadas, y si el testador ya no pudo firmar sobre las cubiertas, el motivo por el cual no firmó y el nombre del testigo o de la persona que firmó por él; f) la descripci^on del texto de las cubiertas legalizadas; g) las firmas del testador, testigos y notario. Cuando el testador no habla el idioma castellano o es mudo, el notario debe hacer tal circunstancia, de acuerdo a lo establecido en los Arts. 1018 y 1017 inciso 2o.; y, en par^o de quien que ha una de las cubiertas legalizadas.-

8a. Unidad del Acto: El principio de unidad del acto se aplica también al testamento cerrado, pero sin la rigurosidad del testamento nuncupativo, y ello obedece a la naturaleza de la forma testamentaria que nos ocupa. Así tenemos que el testamento abierto puede haberse escrito previamente y el otorgamiento se reduce a la nuncupati^on, lectura, ratificaci^on y firma; en cambio, en el otorgamiento del testamento cerrado la ley exige la presencia de los testigos tanto al momento de la entrega de los pliegos cerrados que el testador hace al notario, como cuando el notario legaliza las cubiertas y levanta el acta, de donde vemos que el otorgamiento del testamento cerrado requiere más tiempo y durante ese lapso pueden surgir interrupciones ocasionadas por el estado de salud del testador. El inciso octavo del Art. 1017 exige para el testamento cerrado, como solemnidad, la unidad del acto y permite breves interrupciones cuando algún accidente pasajero surgiere al decir: "Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo cartulario y unos mismos testigos, y no habrá interrupci^on alguna sino en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere".

Ya he dicho en otro lugar que la unidad del acto comprende tres elementos: asunto, lugar y tiempo. Mas, surge la interrogante sobre si

por tener las cubiertas y el acta del protocolo horas distintas, se rompe la unidad del acto por no observarse la unidad de tiempo. Ciertos notarios son quienes cambian impresiones al respecto opinando que para observar este requisito de la unidad del acto, debía de pensarse la misma hora en las actas de legalización y en el acta del protocolo. Pero dicha opinión no es correcta, en primer lugar, porque es como si una falsedad, debida que no puede ser simultánea la legalización de las cubiertas y el acta referida, y, en segundo lugar, por el hecho de tener horas distintas las legalizaciones y el acta no se vulnera el principio de unidad del acto, puesto que éste está establecido para todo el otorgamiento y las legalizaciones y el acta del protocolo son partes de todo el otorgamiento.-

9o. Presencia durante el otorgamiento del testamento, además del testador, del notario y unos mismos testigos. Esta solemnidad forma parte del principio de unidad del acto y, como vimos, también se exige esta solemnidad tratándose del testamento abierto, por lo que es válido todo lo indicado cuando tratamos tal punto.

Concluyendo diré que la unidad del acto consiste en que todas las solemnidades deben ser llenadas continuamente y sin distraerse en otros actos ante un mismo notario y unos mismos testigos, con el objeto de evitar la sustitución del verdadero testamento por otro documento que no sea fruto de la voluntad del testador.-

10a.- Firmas del testador y testigos sobre las cubiertas legalizadas y en el acta levantada por el notario en su protocolo. Así lo prescriben los incisos 7o. y 9o. del Art. 1017 y el inciso 2o. del Art. 41 de la L y de Notariado. La firma del testador indica la conformidad de éste con el acto notarial realizado, pero en el caso de que ya no pudiera firmar debe hacerse constar tal circunstancia y firmará por él uno de los testigos u otra persona capaz de ser testigo. Los testigos con su firma atestiguan el cumplimiento total de las solemnidades requeridas por la ley, y no pueden dejar de firmar bajo ninguna circunstancia, puesto que la falta de firma de cualquiera de los testigos acarrearía la nulidad del testamento. Por último, la firma del notario autoriza el acto notarial que ante sus oficinas se otorga.

No dice el Código Civil que el notario debe leer al testador, en presencia de los testigos, las actas de legalización y el acta del protocolo, pero el notario siempre lo hace, porque todo acto notarial debe leerse y ratificarse por todos los que han intervenido en el mismo.

V.- FASES DE LA FORMACION DEL TESTAMENTO CERRADO

Existen dos momentos en la formación del testamento cerrado: un momento o fase privada, que también podríamos llamar de preparación, que es aquella en que se medita y describe el testamento; y, una fase pública, que es aquella en que el documento testamentario adquiere carácter solemne.

En la fase privada o de preparación, el testamento es redactado por el testador o bajo su dirección personal. El testamento es fruto de la voluntad del testador, pero ello no basta para que el testador reciba el asesoramiento de un entendido abogado, en primer lugar porque la ley no lo prohíbe, sino que más bien es necesario dicho asesoramiento para que las disposiciones de última voluntad sean más claras y precisas, y en segundo lugar porque el secreto de la voluntad testamentaria se ha establecido para el otorgamiento de este forma testamentaria, puesto que es de carácter formal y no material.

Con respecto a la escritura del pliego testamentario pueden darse dos formas: a) forma de autografía total y b) forma de autografía por un tercero a ruego del testador. En la forma de autografía total es el testador mismo quien escribe de su puño y letra el testamento, y, por regla general, se emplea cuando el testador desea que sus disposiciones permanezcan en el más absoluto secreto. Esta forma ha caído en desuso por la facilidad que ofrecen los modernos medios mecánicos de escritura, y, entre nosotros principalmente, porque al exigir la ley que el testamento conste por duplicado, es más cómodo emplear medios mecánicos. La forma de autografía hecha por un tercero a ruego del testador es la más empleada en nuestro medio, porque quien redacta el testamento al testador es entendido en derecho, elaborándose mejor las disposiciones testamentarias.

Respecto a la clase de papel que debe emplearse para la redacción del testamento, la ley no dice nada al respecto pero en la práctica se usa papel sellado. Tampoco menciona la ley qué debe contener el documento o cédula testamentaria y por ello no puede darse el caso de nulidad del testamento por falta de requisitos de dicha cédula. Lo que en la práctica sucede es que dicha cédula se redacta teniendo como patrón al testamento abierto y por ello vemos que siempre se encuentran las enunciaciones señaladas en el Art. 1011. Tampoco se exige que la cédula testamentaria esté fechada, ya que aunque lo esté, la fecha del testamento será la del otorgamiento.-

FASE PUBLICA O DE OTORGAMIENTO: Es el momento solemn de esta forma testamentaria y consta de tres etapas: presentación de los cédulas testamentarias, cierre y sellamiento de las cubiertas y legalización de las cubiertas y acta levantada por el notario en su protocolo en la que da fe del acto.

La presentación de los cédulas testamentarias, llamada también recepción, es aquella etapa del otorgamiento en la que el testador presenta al notario y testigos, dos ejemplares del testamento en cubiertas cerradas separadas, declarando de viva voz y en forma clara y precisa que esas cubiertas contienen cada una su testamento, y que están firmadas por él. La presentación debe ser hecha por el testador, siendo un acto indolegable, y se caracteriza por la comparecencia del testador ante el notario y testigos y por la manifestación del testador de que las cubiertas que presenta contienen cada una un ejemplar de su testamento firmado por él.-

El cierre y sellamiento, llamado también clausura del testamento se hace introduciendo cada ejemplar en su sobre o cubierta con el objeto de que la declaración que contiene permanezca secreta y, además, para evitar la sustitución de un testamento falso al verdadero. Por regla general el testador hace entrega de las cubiertas ya cerradas, en este caso el cierre se reduce a la comprobación del mismo de parte del notario y testigos; pero si el testador no presenta cerradas las cubiertas, deberán cerrarse de manera que no pueda sustraerse el testamento sin romper la cubierta.

Una vez recibidas las cubiertas y después de haberse cerrado o comprobado, el mismo al notario procede a levantar acta notarial de legalización sobre cada una de dichas cubiertas. La ley dispone que en cada acta de legalización el notario el redactaría, debajo del apógrafo "testamento" haciendo constar lo siguiente: la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día mes y año del otorgamiento. No dice la ley que en cada nota de legalización de las cubiertas debe hacerse constar las solemnidades observadas, pero no haciéndolo, no

obstante que se cumple con el mínimo de requisitos exigidos, tendríamos una acta notarial sin sentido alguno.

Por ello en las actas de legalización de las cubiertas, además de contener las menciones que exige el inciso sexto del Art. 1017, debe hacerse mención de las circunstancias siguientes: el nombre y domicilio del notario autorizante; que los testigos conocen al testador; que los testigos son conocidos del notario; la fe de conocimiento que tiene el notario del testador y la forma como lo identificó; que al momento de presentar las cubiertas al testador declaró viva, en voz y en forma clara y precisa de manera que todos lo vieron, oyeron y entendieron que las cubiertas presentadas contienen cada una un ejemplar de su testamento, firmado por él; la forma en que se cerraron las cubiertas y los medios que el testador creyó oportuno emplear para seguridad de las cubiertas; la forma en que se identificó a los testigos; la lectura de las actas, la ratificación hecha por el testador y la firma de todos los asistentes al acto.

Estas menciones además de que dan una idea clara del acto realizado, sirven de base para apreciar el cumplimiento de las solemnidades exigidas por el legislador para esta forma testamentaria.

La Ley de Notariado prescribe que una vez legalizadas las cubiertas, el notario extenderá acta en su protocolo, firmándola con el testador y los mismos testigos, en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalización. En esta acta la ley impone al notario la obligación de hacer constar todas las solemnidades requeridas por la ley para el perfecto otorgamiento del testamento cerrado, y es una relación completa de todo lo ocurrido durante el otorgamiento del testamento. Es de mucha importancia porque en caso de impugnación del testamento por no haberse cumplido las solemnidades, es la principal prueba que puede ofrecerse al juzgador para que pueda apreciar si se han cumplido o no las solemnidades requeridas para el acto.

Después de que el notario hace mención de lo sucedido durante el otorgamiento, debe transcribir íntegramente el texto de la legalización. Esta transcripción es conocida comúnmente con el nombre de protocolización de las carátulas o cubiertas; pero en realidad no es tal protocolización. De ser una protocolización debería transcribirse íntegramente cada una de las cubiertas, y la disposición dice únicamente que debe transcribirse el texto de la legalización. Lo correcto es que el notario transcriba el texto de una de las cubiertas, porque ambas son iguales y lo único que cambia en ellas es la hora, pero sí debe hacerse constar la hora que tiene la otra carátula.

Esta acta, dice la Ley de Notariado, deben firmarla el testador, los mismos testigos y el notario ya que forma parte del otorgamiento del testamento, y si firmaran otros testigos distintos a los que aparecen en las actas de legalización de las cubiertas se vulneraría el principio de unidad del acto. Para concluir, es necesario mencionar que esta acta también debe reunir los requisitos o formalidades exigidas por la Ley de Notariado, tales como lectura, ratificación y firmas.-

VI.- FORMALIDADES POSTERIORES AL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO: - CONSERVACION DEL TESTAMENTO.-

La Ley de Notariado vigente introdujo a nuestra legislación innovaciones sustanciales respecto del testamento cerrado al establecer que este testamento debe otorgarse por duplicado, y además, dió normas precisas relativas a la custodia y conservación del testamento cerrado.

Como el Código Civil no contiene ninguna disposición relativa a la custodia y conservación del testamento, fue la Ley de Notariado quien - a través del inciso 30. del artículo 41 la que vino a llenar su vacío al establecer que de las cubiertas legalizadas, una debe quedar en poder del testador o de la persona que éste designa para guardarla, y en caso de que ninguno de ellos quieran guardar dicha cubierta, es el notario quien debe encargarse de su custodia o depositarla en la Sección del Notariado o la Corte Suprema de Justicia. Para conocerse en poder de quien queda dicha cubierta legalizada, el inciso mencionado impone al notario la obligación de hacer constar en el acta del protocolo en poder de quien queda.

Esta cubierta es la que debe presentarse al Juez una vez fallecido el testador, para que se proceda a la apertura y publicación del testamento.

La otra cubierta legalizada tal como lo indica el inciso 40. del Art. 41 de la citada ley, se guarda en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia donde se lleva un libro en que se anota el recibo de cada cubierta. El notario autorizante tiene obligación de entregar esta cubierta juntamente con un testimonio del acta del protocolo, extendido en papel común, a la Corte Suprema de Justicia o remitida a este Tribunal por el Juez de Primera Instancia del lugar o de la jurisdicción en donde se ha otorgado el testamento. El plazo que tiene el notario para presentar la cubierta y testimonio mencionado es de cinco días contados al siguiente del otorgamiento. Una vez ha recibido la Corte Suprema de Justicia la cubierta legalizada, la pasa a la Secretaría de ese Tribunal para que la guarda.

La cubierta que de conformidad a la ley debe guardarse en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad a lo establecido al Art. 42 de la Ley de Notariado, sólo puede ser empleada para fines judiciales en los siguientes casos: 1) pérdida de la cubierta que queda en poder del testador; 2) destrucción de la cubierta mencionada; 3) cuando la cubierta presentada al Juez presenta signos inequívocos de que se ha abierto o cuando está rota y 4) cuando la cubierta presentada al juez sea impugnada de falsedad civil o criminal. En tales casos, el Juez que conoce de las diligencias de apertura y publicación del testamento cerrado solicitará a la Corte Suprema de Justicia exprese los motivos, le sea remitida la cubierta.

Cuando se impugna el testamento de falsedad civil o criminal, será la cubierta guardada en la Corte Suprema de Justicia la que surtirá efectos.

La Ley de Notariado y la Ley Orgánica del Poder Judicial contienen disposiciones por las que se ha pretendido el establecimiento de un Registro de testamentos, registro que se hacen cesar en nuestro medio y al cual me referiré más adelante. Digo que se ha pretendido el establecimiento de tal Registro, porque dichas leyes indican que la Secretaría de la Corte lleva libros para cada tipo de testamento, en los que se anotan el recibo de los testimonios de testamento nuncupativos y el recibo de las cubiertas de los testamentos cerrados, y en base a esos libros una vez comprobada la defunción del testador se da informe sobre si existe testamento, la fecha del otorgamiento y el notario ante quien se otorgó el testamento.

En conclusión, considero muy atinadas las disposiciones introducidas en la legislación por la Ley de Notariado por las que se estableció que el testamento cerrado debe otorgarse por duplicado, y las relativas a la conservación y custodia del testamento.-

VII.- TESTAMENTO DE LAS PERSONAS QUE NO PUEDEN SER ENTENDIDAS DE VIVA VOZ.

Las personas que no pueden ser entendidas de viva voz son incapaces para otorgar testamento nuncupativo, puesto que es de la esencia de ese testamento el que el testador manifieste de palabra al notario y testigos sus disposiciones de última voluntad. Pero a las personas mencionadas sería injusto privarlas de la testamentifacción, y es por ello que la ley les permite formalizar su declaración de última voluntad por medio del testamento cerrado. Los mudos y los que no hablan el idioma castellano son las personas que no pueden darse a entender de viva voz, y del testamento de ellas me ocuparé a continuación.

TESTAMENTO DEL MUDO:

El mudo no puede hablar, y la ley le permite hacer testamento cerrado supliendo por un procedimiento especial la solemnidad establecida para esta forma testamentaria que consiste en la manifestación que debe hacer el testador ante el notario y testigos de que en las escrituras que presenta cerradas y firmadas por él se contiene su testamento. El procedimiento especial a que me refiero es que el mudo por no poder hablar -- puede hacer por escrito dicha manifestación, pero la ley exige que dicha manifestación la escriba a presencia del notario y testigos.

Tanto en las actas de legalización de las cubiertas como en el acta del protocolo, debe hacerse constar que el testador es mudo y que la manifestación de que en las cubiertas presentadas se contiene un ejemplar del testamento firmado por él, la hizo por escrito en la forma establecida en el Inc. 2º. del Art. 1017.

TESTAMENTO DEL QUE NO HABLA EL IDIOMA CASTELLANO:

No dice el Código Civil el idioma en que deberá describirse el testamento, y si éste es así es porque la ley permite al testador escribir su declaración de última voluntad en el idioma que prefiera y que además domina perfectamente. El que no habla el idioma castellano está en una situación casi idéntica a la del mudo, y para que pueda otorgar testamento la ley le permite que haga testamento cerrado, siendo esta otra de las ventajas que ofrece esta forma testamentaria.

El Art. 1018 dice: "Cuando el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz, por el cartulario y testigos, sólo podrá otorgar testamento cerrado.- El testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra "testamento", o la equivalente en el idioma que prefiera, y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando a lo menos, su nombre, apellido y domicilio, y la nación a que pertenece; y en lo demás se observará lo prevenido en el artículo precedente". Esta disposición comprende tanto al mudo como al extranjero que no habla el idioma castellano, pero más específicamente se refiere al segundo, pues en cuanto al mudo la dificultad no es la falta de entendimiento sino la imposibilidad de hablar, es decir, que el mudo puede entender lo que se dice a su alrededor; en cambio quien no conoce el castellano puede hablar en su idioma, pero no tiene noción de lo que sucede cuando las personas que lo rodean no hablan su idioma.

No obstante que la ley de Notariado permite otorgar actos notariales a quien no habla el idioma castellano por el procedimiento que consiste en que el otorgante hace una minuta en su idioma y ésta se vierte al castellano por medio de intérpretes o traductores, agregándose dicha

minuta al anexo del protocolo, tratándose de testamentos la ley no permite este procedimiento, obliga al que no habla el idioma castellano a otorgar testamento cerrado, pues la es indiferente el idioma en que esté redactado el cuerpo del testamento.

El que no habla el castellano no puede hacer por escrito en idioma castellano la declaración de que las cubiertas cerradas que presenta con tienen su testamento firmado por él, por tal motivo la ley ha simplificado esa solemnidad estableciendo que el testador debe escribir de su puño y letra sobre la cubierta la palabra "testamento", o la equivalente en el idioma que profiere, y la designación de su persona, expresando su nombre, apellido, domicilio y la nación a que pertenece. A continuación de esas enunciaciones que hace el testador sobre las cubiertas debe el notario levantar los actas de legalización y hará especial mención sobre la circunstancia de que el testador no habla el idioma castellano.

VIII.- APERTURA Y PUBLICACION DEL TESTAMENTO CERRADO

Todos los testamentos tienen la misma eficacia legal, pero hay testamentos que no pueden recibir ejecución después de fallecido el testador sin que se llenen determinados requisitos exigidos por la ley. El testamento cerrado es uno de ellos; para que éste testamento pueda recibir ejecución es necesario que se incorpore en un protocolo y, para llegar a esta situación, el testamento debe abrirse y publicarse.

Dice el inciso primero del Art. 1019: "El testamento cerrado, antes de recibir su ejecución, será presentado al Juez". Esta presentación tiene por objeto que se proceda a la apertura, publicación y protocolización del testamento, pues el testamento antes de ser protocolizado es un documento privado, y es a través de la protocolización que vale como instrumento público. Con el testimonio del testamento protocolización es que pueden los asignatarios reclamar el cumplimiento de la voluntad del testador y recoger las asignaciones.

El Capítulo XXVI, Título VII del Libro II del Código de Procedimientos Civiles ha establecido el "modo de proceder a la apertura y publicación del testamento cerrado otorgado en El Salvador", y es un desarrollo del contenido del Art. 1019 del Código Civil. La apertura y publicación del testamento cerrado es un trámite judicial, de jurisdicción voluntaria, que es además una medida conservatoria que no prejuzga sobre la validez del testamento. Por ello las diligencias mencionadas no adquieren autoridad de cosa juzgada porque permite la posterior impugnación del testamento.

Trataré en lo posible hacer una síntesis de las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles relativas a la apertura y publicación del testamento cerrado, pues un estudio exhaustivo de las mismas rebasaría los límites que me he impuesto en el desarrollo de este trabajo.

La primera cuestión que se plantea es la competencia del Juez para conocer de las diligencias. El Art. 867 Pr. resuelve este problema al decir que el testamento cerrado debe abrirse y publicarse en el último domicilio del testador, disposición que guarda relación el Art. 956 C. que establece que la sucesión de una persona se abra en el lugar de su último domicilio.

En cuanto a la época en que debe procederse a la apertura y publicación del testamento, es desde que se abre la sucesión. La parte final del Art. 867 Pr. dice que la apertura y publicación del testamento se hará "en el tiempo fijado por éste (testador), si se señaló", sin embargo esta disposición no tiene aplicación porque la ley sustantiva no señala

que el testador pueda señalar término para que se proceda a esta diligencia, y el Código de Procedimientos Civiles no contiene ninguna norma que el contenido de la disposición en referencia, ni el procedimiento que debe seguirse en tales casos. Parece ser que antes sí existían disposiciones adjetivas que regulaban el caso en que el testador señalaba un plazo para la apertura y publicación del testamento y por lo tanto era permitido hacerlo, pero esas disposiciones ya no aparecen en el Código de Procedimientos Civiles y por ello soy de opinión que la parte final del Art. -- 867 Pr. ya no tiene aplicación. En la Ley de Enjuiciamiento Civil Española si se regula perfectamente el caso planteado, tanto en caso de que el plazo se señale en el acto de legalización de la cubierta como cuando dicho plazo se encuentre establecido en el cuerpo del testamento, pues el Art. 1966 de dicha ley dice que si el testador hubiese dispuesto que el testamento no se abriera en una época determinada, el Juez suspenderá la continuación de las diligencias de publicación y protocolización del testamento, y mandará archivar en el Juzgado las diligencias practicadas -- hasta que llegue el plazo designado por el testigo.

En lo que respecta a quien pide la apertura y publicación del testamento cerrado, hay que distinguir quién puede y quién debe pedirla. Puede pedirla el que tenga interés en la sucesión y debe pedirla, aquel que tenga en su poder la cubierta legalizada por habérsela confiado el testador, o el heredero presunto en cuyo poder se encuentra la mencionada -- cubierta. El que está obligado a pedir la apertura y publicación del testamento cerrado y no lo hace, la ley presume que ha detenido u ocultado dolosamente el testamento y lo declara indigno para suceder (Art. 969 -- No. 5 C.).-

Para poder procederse a la apertura del sobre o cubierta que contiene el testamento es necesario: en primer lugar, comprobar la defunción del testador y poner en manos del Juez la cubierta que contiene el testamento; y en segundo lugar, que el notario y testigos reconozcan su firma y la del testador y constatar que la cubierta está cerrada, sellada y -- marcada como en el acto de la entrega.

Debe comprobar la muerte del testador por medio de la partida de defunción, porque la característica de esta forma de ser secreta no puede perderla en vida del testador, y es hasta después de su fallecimiento -- que la declaración de última voluntad que contiene puede hacerse pública.

El que pide la apertura y publicación del testamento cerrado debe -- presentar la cubierta respectiva si ésta se encuentra en su poder, y si no la tiene, debe indicar en la solicitud la persona en cuyo poder se encuentra. El Juez debe solicitar el testamento a aquel que lo tenga, -- aún con apremio corporal; pero es de hacer notar que si el que tiene el testamento se niega a presentarlo y es necesario tenerlo, se coloca -- en la situación contemplada en el numeral 5.º del Art. 969 C.- En caso -- de que no se pueda obtener la cubierta por haberse extraviado o por negarse el que la tiene a presentarla no obstante haber sido apremiado o -- por ignorarse en poder de quien se encuentra, el Juez de conformidad al Art. 42 de la Ley de Notariado puede solicitar a la Corte Suprema de Justicia el otro sobre.

Cuando el Juez tiene en su poder la cubierta que contiene el testamento debe citar al notario y testigos que concurrieron al otorgamiento para que declaren si reconocen su firma y la del testador y declaren -- además si en su concepto está cerrada, sellada o marcada como en el momento de la entrega, tal como lo dispone el inciso 2.º del Art. 1019 C.- El objeto de reunir al notario y testigos que concurrieron, tiene por objeto constatar que el sobre o cubierta que presentó el testador es la mis-

ma que se las presenta para su apertura. Además, también se establece -- que la cubierta no ha sido abierta con anterioridad y que en su momento se encuentra cerrada como en el acto del otorgamiento.

El Art. 871 Pr. señala las preguntas que el Juez debe hacerles al notario y testigos cuando les recibe declaración jurada a cada uno de ellos separadamente. Separadamente no quiere decir que el examen de cada uno de ellos se asienta en un acta separada, sino que aunque se incluyen las declaraciones del notario y testigos en una sola acta, el examen de cada uno de ellos debe hacerse en forma separada.

¿Qué sucede si el Notario o algunos de los testigos no reconocen su firma? El Art. 1019 no dice que el testamento es nulo, sino que expresa que "no se abrirá" mientras el notario y testigos no reconocen su firma y la del testador, y como las diligencias solo tienen por objeto la apertura y protocolización del testamento no puede declararse en ellas la nulidad del testamento presentado. Tampoco puede el Juez ordenar las diligencias, por ser éstas de jurisdicción voluntaria. Cuando el notario o testigos no reconocen su firma el Juez debe abstenerse de abrir el testamento y hasta allí proceder, pues los interesados en la apertura deben probar en juicio contencioso la validez del testamento.

Los incisos tercero y cuarto del Art. 1019 C. contemplan la situación en que no pueda reunirse el notario o algunos de los testigos por estar ausentes o haber fallecido. Cuando est. suceda deben abonarse las firmas de los ausentes o muertos y la del testador.

Abonar significa dar por cierta y segura una cosa, acreditar o calificarla de buena. Abono de firmas es la justificación que se hace de -- que la firma que aparece en el acta de legalización de la cubierta pertenece a la persona del testigo o notario que no ha comparecido por estar ausente o haber fallecido. El abono de firmas se hace por declaraciones juradas de otras personas fidedignas que conozcan las firmas de las personas que se tratan de abonar y asegure la semejanza de las de la cubierta con las legítimas.

Para un caso de no poder abonarse las firmas por medio de declaraciones de testigos fidedignos, ¿pueden abonarse las firmas a través de pruebas caligráficas? La ley no dice nada al respecto y creo que si se puede pues una prueba caligráfica es mas certera que la simple declaración de testigos que únicamente se limitan a declarar sobre la semejanza existente entre la firma que se trata de abonar y la que él conoce que pertenece a la persona cuya firma se abona.

Si de la información seguida por el Juez resulta que las firmas que aparecen en la cubierta pertenecen al notario y testigos, por haberlas éstos reconocido o porque se abonaron las de los ausentes o fallecidos, y que no hay sospechas de returas de la cubierta se mandará abrir, leer y publicar el testamento. La cubierta se abre a presencia de los testigos y notario que asistieron al otorgamiento del testamento y que han comparecido a la cita que les hizo al Juez para la información referida.

El epígrafe del capítulo XXVI del Título del Libro II del Código de procedimientos civiles dice: "Modo de proceder a la apertura y publicación del testamento cerrado otorgado en El Salvador", y el artículo 874 dice que el testamento se mandará abrir, leer y publicar, y más adelante dice que lo leerá el Juez de Primera Instancia para si lo publicará. -- Pues bien, ¿qué significa la publicación del testamento cerrado? Los romanos entendían por publicación la lectura que se hacía del testamento a presencia de los testigos que comparecían a la apertura del mismo; para Bibilioni la palabra publicación usada en el antiguo derecho francés, debe entenderse que el testamento puede ser considerado, después de la --

apertura, como público y puede enterarse de su contenido toda persona interesada. García Goyena entendiéndolo por publicación la publicidad dada al testamento cerrado. Yo considero que con la apertura y protocolización, el testamento cerrado que se publicase, perdiendo su carácter de secreto que es de la esencia de dicho forma testamentaria.

Después de la lectura que el Juez hace para sí y de que el testamento se ha leído en voz alta al notario y testigos presentes a presencia del Secretario del Tribunal, el Juez ordena que se tenga por testamento legítimo, que se reduzca a escritura pública y se protocolice en el protocolo del Juzgado.

Pero sucede que muchos jueces comisionan a un notario para que protocolice el testamento; esta práctica es incorrecta, pues la ley no facultaba al Juez para que comisione la protocolización a un notario sino que lo ordena a él que lo protocolice en el protocolo que dicho Juzgado está obligado a llevar.

Al estar protocolizado el testamento el Juez deberá extender los testimonios a las personas beneficiadas por el testamento que se lo solicitan. Son beneficiadas por el testamento: los asignatarios a cualquier título, los que han sido reconocidos como hijos naturales y los donatarios cuyas donaciones han sido confirmadas por el testador en el testamento.

CAPITULO CUARTO

INVALIDEZ E INTERPRETACION DE LOS TESTAMENTOS

I.- DIFERENCIA ENTRE TESTAMENTO NULO Y TESTAMENTO INEXISTENTE.-

Para que un acto jurídico sea perfecto es necesario que se hayan cumplido todos los requisitos de existencia y validez exigidos por la ley. El testamento es un acto jurídico unilateral y por tanto se sujeta para su validez a la misma regla.

Aplicando dicho principio podremos distinguir entre testamento inexistente y testamento nulo. El testamento será inexistente por la falta de algún requisito exigido por la ley para su perfeccionamiento; y será nulo, cuando se ha omitido cualquiera de las formalidades a que debe su pectivamente sujetarse para su validez.

Cuando se omite una condición de existencia, el testamento es, ante el derecho, inexistente, pues se está ante una apariencia, una tentativa de testamento más que ante un testamento, y de una tentativa absurda.- Un testamento inexistente jurídicamente podríamos decir que es un acto que ha nacido muerto y desprovisto de existencia legal.

Para una mejor comprensión de la inexistencia del testamento, es necesario hacer relación a la inexistencia de los actos jurídicos en general. La doctrina de la inexistencia de los actos jurídicos es, relativamente, de reciente creación. Fué formulada a principios del siglo XIX -- por Zacharias, célebre profesor de la Universidad de Heidelberg, que la propuso con motivo de un matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo. Como las nulidades deben estar expresamente determinadas por la ley y tal caso no se sancionaba de esa manera, se preguntaban los juristas alemanes ¿vale ese matrimonio porque no hay ley que lo declare nulo? Zacharias dió la siguiente solución: Un matrimonio en que no hay diferencia de sexo entre los contrayentes no es un matrimonio; resulta ineficaz entablar una acción de nulidad, puesto que no hay nada que anular y por esto concluyó, el legislador no necesitó ni siquiera declarar su falta de eficacia.

Más tarde, se extendió la noción de la inexistencia aún a los actos patrimoniales. Así dos personas que contraen matrimonio religioso en un país donde sólo el matrimonio civil produce efectos jurídicos, para la ley dichas personas no han celebrado matrimonio que produzca efectos jurídicos, o sea que la ley considera que no han celebrado matrimonio alguno y esas personas viven en concubinato, y resulta innecesario deducir una acción de nulidad para anular lo que no existe. La doctrina de la inexistencia de los actos jurídicos fue puesta en boga por Demolombe y Laurent, y se ha extendido y ampliado a toda clase de actos y contratos y constituye uno de los grados de imperfección de los actos jurídicos.

La nulidad es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades prescritas por la ley para la validez de un acto según su especie y la calidad o estado de las personas. La nulidad se contrapone a la validez y por eso hay una estrecha relación entre el acto nulo y el acto que carece de valor. Los actos se anulan o invalidan, o sea, son privados de valor.

Aún cuando en el artículo de nuestro Código civil no se establece de un modo claro y concreto la inexistencia de los actos jurídicos, soy de opinión que no obstante esa circunstancia, puede darse porque no es posible aplicar la nulidad a ciertos actos que dentro de la esfera jurídica no han nacido.

Con todo lo expuesto me referiré concretamente a la inexistencia jurídica de los testamentos en nuestra legislación. Como dije, testamento

inexistente es aquel que le falta un requisito exigido para su perfeccionamiento. Por lo tanto, considero que serán testamentos inexistentes -- los siguientes:

1o.- El testamento que no es otorgado ante notario o funcionario investido de función notarial.

2o.- El testamento que es otorgado ante un número de testigos menor que el establecido por la ley.

3o.- Si en el territorio nacional se emplea una forma testamentaria no contemplada en la legislación salvadoreña.

Si una persona otorga testamento abierto o cerrado y su otorgamiento no es autorizado por un notario o funcionario investido de función notarial, no puede decirse que ese testamento se ha perfeccionado, que ha nacido, y, por lo tanto, es un acto inexistente.

Del mismo modo, si el testador otorga un testamento ante un notario y un número de testigos menor que el requisito por la ley para la forma empleada, no habrá testamento, porque el acto testamentario no se ha perfeccionado. Sin embargo, algunos juristas consideran que este caso, más que de inexistencia se trate de nulidad.

Si en El Salvador, una persona otorga un testamento cuya forma no la contempla nuestra legislación, para el caso un testamento ológrafo o un testamento verbal, no puede decirse que ese testamento es nulo pues -- para nuestra ley ese testamento no existe, porque no reúne ninguno de -- los requisitos exigidos por la ley salvadoreña para la existencia de un testamento solemne o privilegiado.

El testamento nulo es un acto que se ha perfeccionado pero por faltarle alguno de los requisitos exigidos por la ley para su validez, por su eficacia. La nulidad del testamento es una nulidad absoluta, pues en los testamentos no se dan las nulidades relativas, y puede ser solicitada por cualquier interesado. Pueden pedir la nulidad del testamento -- los herederos ab-intestate y los asignatarios instituidos en virtud de -- un testamento anterior, revocado por aquél, cuya nulidad se solicita.

La diferencia entre un testamento nulo y un testamento inexistente es considerable. Así tenemos el testamento que adolece de nulidad produce efectos mientras no se declare judicialmente su nulidad, y ésta puede ser sanada por el transcurso del tiempo; en cambio, el testamento inexistente, como nunca llega a perfeccionarse, no es necesario deducir judicialmente una acción para anularlo, y su imperfección no puede sanarse por el transcurso del tiempo y nunca produce efecto alguno.

II.- INVALIDEZ DE LOS TESTAMENTOS: MOTIVOS POR LOS QUE TIENE LUGAR.-

La invalidez de los testamentos precede por tres motivos: a) por -- la nulidad del testamento, esto es, cuando en su formación no han concurrido los solemnidades y requisitos necesarios para su validez; b) por -- la revocación del testamento, es decir, cuando cambia de voluntad el testador; y c) por la caducidad, es sea, la privación de la eficacia que hace la ley de algunas declaraciones de última voluntad.

De nulidad de los testamentos me ocuparé más adelante, por lo que -- en este punto me referiré únicamente a la revocación y caducidad de las declaraciones de última voluntad.

La revocación es una manifestación de voluntad del testador, por medio de la cual priva de validez, en todo o en parte, a un testamento anterior.

Nuestra Código Civil, en términos absolutos, sienta la doctrina de la revocabilidad de los testamentos en el Art. 998, al decir que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su decisión de no revocarlas. Y, continúa diciendo, que se tendrán por no escritas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, aunque se confirmen con juramento.

La revocación como medio de invalidación de los testamentos, se refiere a los que han sido otorgados válidamente, es decir que no adolecen de vicio alguno. Así lo dice el inciso primero del Art. 1142 que expresa: "El testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador" y esto es así, porque el testamento válido no puede ser objeto de una acción de nulidad por defecto de algún requisito de forma o de fondo.

Un testamento no otorgado válidamente, cabe preguntarse si puede ser objeto de revocación. En mi opinión sí, puesto que en tal caso se prescinde del defecto que lo invalida, y el testador lo que hace es limitarse en el testamento que otorga posteriormente a declarar su voluntad de revocar el testamento anterior.

Dice el Art. 1143: "El testamento solamente puede ser revocado expresamente en todo o en parte, por un testamento solamente privilegiado. Pero la revocación que se hiciera en un testamento privilegiado caducará con el testamento que lo contiene, y subsistirá el anterior".- De donde vemos que la revocación sólo puede hacerse por un testamento posterior. La redacción del inciso primero del artículo citada no es del todo afortunada, porque el testamento solamente puede ser revocado tácitamente por otro testamento y, porque un testamento privilegiado puede ser revocado por un testamento solamente o privilegiado. Más correcto hubiera sido que el legislador dijera "todo testamento podrá revocarse, en todo o en parte, por un testamento posterior".

El inciso segundo del Art. 1143 contempla el caso de la revocación hecha en un testamento privilegiado. Esta revocación se caracteriza en que tiene que seguir lo suceso del testamento que ha sido hecha y caducar con él si el testamento caduca, porque desde el momento en que un testamento caduca no produce efectos alguno, casi se considera como que no ha existido.

El Art. 1144 contempla el caso de la revocación del testamento revocatorio al decir: "Si el testamento que revoca un testamento anterior es revocado a su vez, no revive por esta revocación el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria". La revocación de un testamento revocatorio induce a creer que la voluntad del testador es restablecer el testamento que había revocado, pero no es así. Para restablecer el testamento revocado es necesaria una expresa manifestación de voluntad del testador de que dicho testamento revocado reviva. Esto es lo que los tratadistas llaman reviviscencia y, en la doctrina, a propósito de ella, han surgido dos interpretaciones: algunas sostienen que se debe repetir en el nuevo testamento las disposiciones del que se quiere restablecer; y otra, dicen que basta una referencia al testamento revocado y que se quiere dar nueva vida. En nuestra legislación, para que se de la reviviscencia es necesaria que el testamento que se quiere revivir y el testamento que lo revocó sean sucesivos y que en la revocación el testamento revocatorio exprese el testador su voluntad de que reviva el primer testamento. Sin embargo, no obstante que nuestra legislación permite la reviviscencia de un testamento por medio de una simple referencia, considere que con ello no se viola el principio sentado en el Art. 999, pues no se está en el caso de un testamento que hace referencia a memorias testamentaria.-

La revocación puede ser a) total y parcial; y b) expresa y tácita.

La revocación es total si el testamento es íntegramente abolido y quedan sin efecto sus disposiciones. Si en un testamento dice que el testador que revoca en su totalidad un testamento anterior, éste queda revocado totalmente, aún cuando las disposiciones contenidas en ambos testamentos no sean incompatibles.

La revocación es parcial si el testador deroga sólo algunas disposiciones, dejando sin tocar las demás. Hay que recordar que una sucesión puede abrirse parte testada y parte intestada, y también puede regirse por una o más testamentos.

La revocación es expresa cuando el testador dice en un nuevo testamento explícitamente que deroga sus disposiciones total o parcialmente. Es no sería, pues, una disposición especial para efectuar la revocación expresa.

La revocación es tácita cuando la incompatibilidad de los antiguos y de los nuevas disposiciones las impide coexistir y ser ejecutadas simultáneamente. Es decir, que el testador sólo expresa su voluntad otorgar de un nuevo testamento, pero sin decir si el anterior queda o no subsistente.

El Art. 1145 establece la regla de que el otorgamiento de un nuevo testamento no produce una revocación tácita del anterior por el mero hecho de otorgarse, y el testamento posterior sólo deroga al anterior en lo que lo contradiga o es incompatible con él. El inciso primero del citado artículo se refiere a la doctrina francesa contenida en el Código de Napoleón, esa que no suceda en el Derecho español en que el testamento anterior que lo revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte (Art. 739 C.C. español).-

La incompatibilidad a que se refiere el inciso 2o. del Art. 1145 -- puede ser material o intencional. La primera resulta de la absoluta imposibilidad de una ejecución simultánea de las disposiciones de diversos testamentos; la segunda resulta de la intención del testador.

En otras legislaciones existe además otras formas de revocación. La revocación real y la revocación presunta. La primera tiene lugar cuando el testador realiza determinadas hechas que suponen el deseo de anular su anterior manifestación de voluntad. Se señalan como causas de revocación real: la.- la destrucción del testamento, y 2a.- las alteraciones hechas en el testamento. La revocación presunta consiste en la realización de determinadas actos que, aún sin proyectarse sobre el testamento, representan un cambio efectivo de voluntad.

La destrucción del testamento se refiere principalmente al testamento ológrafo, al cerrado y al testamento abierto privado. Con respecto al testamento cerrado pueden darse los siguientes supuestos: la destrucción del acta de legalización de la cubierta, sobre lo que no hay acuerdo unánime si hay o no revocación, y la destrucción del testamento propiamente tal. En nuestra legislación, antes de la promulgación de la Ley de Notariado vigente, sí podía hablarse de revocación real del testamento cerrado, aunque la ley no hablara de ella, pero a partir de la promulgación de la citada ley ya no puede darse este tipo de revocación porque el testamento cerrado se otorga por duplicado y el Art. 42 de dicha ley dice que se hará uso de la cubierta legalizada que se remite a la Corte Suprema de Justicia, en los casos de destrucción de la cubierta que queda en poder del testador o de la persona que éste designa, no distinguiendo la ley si la destrucción es obra del testador mismo o de un tercero.-

Se señala además, como causa de revocación real las alteraciones de importancia que los documentos testamentarios sufran. Pero esta alteración debe ser obra del testador, y se refiere principalmente al testamento ológrafo y al abierto privado, porque si dichas alteraciones son obra de un extraño no se dará la revocación real sino la nulidad del acto testamentario.

Por último, se señala como causa de revocación presunta la realización de determinadas actos que, aún sin proyectarse sobre el testamento, representan un cambio efectivo de voluntad. Los autores señalan a este respecto los siguientes casos: la enajenación de la cosa legada; la transformación por el testador de la cosa legada de manera que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía; el sobre hecho por el testador de un crédito que se ha legado; por la liberación intempuesta por el testador con posterioridad al legado de liberación. Pero estos casos, más que de revocación del testamento se trata de revocación de asignaciones a título singular.

CADUCIDAD.— El concepto de caducidad supone, según la doctrina admitida por nuestra legislación, existencia de un testamento que siendo válido pierda su validez por haber transcurrido el plazo señalado para su eficacia. O sea, que la caducidad importa la supresión o invalidación de los testamentos otorgados en virtud de especiales privilegios que atienden a las circunstancias en que son otorgados, los cuales solamente tienen eficacia definitiva si el testador fallece durante la época que motivó su otorgamiento o dentro de cierto lapso de tiempo después de haber cesado dichas circunstancias que lo motivaron.

En nuestra legislación al hablarse de caducidad se trata siempre de testamentos privilegiados, pues éstos solo se otorgan en situaciones excepcionales. Los testamentos privilegiados no requieren de la revocación para dejarlos sin efecto, pues basta que el testador no fallezca durante la época que ha motivado el otorgamiento del testamento o en el plazo señalado por la ley cuando cesa dicha circunstancia por la que ha sido otorgado.

La caducidad se asemeja a la nulidad y la revocación en que todas ellas producen la invalidez del testamento. Pero tiene diferencias con respecto a cada una de dichas motivaciones de invalidez.

En primer lugar, la caducidad está establecida únicamente para los testamentos privilegiados; en cambio la nulidad y revocación privan de validez tanto a los testamentos solemnes como a los privilegiados. La caducidad se produce de pleno derecho, por no haber fallecido el testador después de cierto tiempo de haber cesado la causa que motivó su otorgamiento; en cambio la revocación y la nulidad no se producen de pleno derecho, la revocación se produce por un acto de voluntad del testador, la nulidad por falta de solemnidades exigidas por la ley para la validez del acto o por la incapacidad del testador o por cualquier vicio del consentimiento. La caducidad priva de eficacia a todo el testamento; en cambio la nulidad y revocación pueden privar solo parcialmente la eficacia del testamento.—

III.— NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

La nulidad es la sanción impuesta por la ley en cuya virtud el acto queda privado de efectos; en consecuencia, el acto nulo es aquel que a causa de un vicio de que adolece, y que es sancionado por la ley, se encuentra privado de efectos.

Los testamentos son nulos cuando en su formación no han concurrido las solemnidades y requisitos necesarios para su validez. Trátanse de

testamentos puede hablarse de falta de requisitos de forma y de falta de requisitos o condiciones de fondo.-

La nulidad de los testamentos es una nulidad absoluta en el sentido de que puede ser solicitada por cualquier interesado, puesto que el acto jurídico testamentario es unilateral. Son interesados los llamados a la sucesión ab-intestato o los que ostentan el carácter de herederos legítimos, en defecto del testamento impugnado de nulidad. Por eso, al -- que no lo afecta un testamento, por no tener ningún derecho en relación al mismo, no puede combatir su eficacia mediante la nulidad.

Los acreedores del testador consideran que no pueden pedir la nulidad del testamento, porque sus derechos no los afecta el testamento. Los acreedores del ab-intestato tienen un derecho de crédito contra el patrimonio del testador y el activo de la eventual respuesta de dichos créditos.

¿Y los herederos de los "interesados" que pueden ejercer la acción de nulidad, pueden asimismo ejercitar dicha acción? Considero que sí, -- porque de no existir el testamento impugnado su causante hubiera sido -- llamado a la herencia intestada, por lo tanto también puede considerarse los como interesados, ya que lo representan y se colocan en su lugar en la sucesión intestada.

La nulidad de los testamentos puede nacer por cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Por falta de solemnidades --falta de requisitos de forma--; b) Por falta de capacidad del testador --falta de requisitos o condiciones de fondo--; y c) Por vicios de la voluntad del testador --también se trata de falta de requisitos o condiciones de fondo--.

La nulidad por falta de requisitos de forma --solemnidades-- está regulada en el artículo 1020, y la nulidad por este motivo abarca todo el testamento no solo parte de él.

Dice el inciso primero del Art. 1020 que "El testamento es lícito, --abierto o cerrado, en que se omita cualquiera de las formalidades a -- que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno". La frase "no tendrá valor alguno" indica que la -- falta de solemnidades establecidas por la ley para la forma de testamento de que se trata, produce nulidad absoluta de dicho testamento, porque el testamento es un acto formal y solemne y el cumplimiento de las solemnidades establecidas no puede quedar al arbitrio de ninguna persona.

Sin embargo, la ley por el principio del favor testamenti mitiga en parte el rigor de dicha norma y expresa en el inciso 2º del Art. 1020: "Con todo cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas -- en el artículo 1011, en el inciso 6º del 1017 y en el 2º del 1018, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la -- identidad personal del testador, del cartulario y de los testigos". Las designaciones a que se refieren los artículos indicados, se refieren en especial a la determinación o individualización del testador, notario y testigos que concurren al otorgamiento del testamento; pero también se -- refieren al lugar, día, mes y año del otorgamiento.

De tal manera que se tolera la omisión de las enunciaciones que se refieren a la individualización del testador, notario y testigos si, no obstante, la identidad de tales personas no ofrece ninguna duda.

Pero con respecto a si la omisión del lugar del otorgamiento produce la nulidad del testamento, hay que recordar que en nuestro país el -- ejercicio del notario, por regla general, no está sujeto a una determinación de competencia territorial y los notarios pueden ejercer su función en -- todo el territorio nacional. Es necesario pues distinguir entre quién se otorga el testamento para poder solucionar dicho problema. Si el funcionario ante quien se otorga el testamento es un notario que no esté sujeto a un ejercicio de su función a una competencia territorial determina

da, considero que la omisión del lugar del otorgamiento no produce la nulidad del testamento, puesto que en talos casos dicha designación no tiene importancia fundamental. Pero si se otorga el testamento ante un funcionario investido de función notarial sujeto a competencia territorial limitada, como los jueces de Primera Instancia, Cónsules de Carrera y Jefes de Misión Diplomática permanente, la designación del lugar cobra especial importancia porque los actos que autorizan fuera de su jurisdicción son nulos, por no tener ya competencia.

Respecto a la omisión de la designación de la fecha, soy de opinión que en tal caso el testamento es nulo, pues no puede saberse el momento en que se otorgó el testamento y en consecuencia tampoco se puede decir en presencia de varios testamentos, cuál es el que debe prevalecer. Además, la fecha es requisito esencial porque a través de ella se puede juzgar sobre la capacidad del testador, notario y testigos, la cual debe existir siempre al momento del otorgamiento.

El inciso tercero del Art. 1020 se refiere en particular a la nulidad de los testamentos cerrados, al decir: "asimismo será nulo el testamento cerrado cuando cinco de los testigos instrumentales o el notario y tres testigos desconocen sus firmas, o declaran que no está cerrado, sellado o marcado como en el acto del otorgamiento o de la entrega". Dicha disposición contempla tres supuestos: 1) cinco de los testigos no reconocen su firma; 2) El notario y tres testigos no reconocen su firma; y 3) Cuando los testigos y el notario, en el número indicado en los casos anteriores, declaran que el sobre o cubierta no está cerrado, sellado o marcado como en el acto del otorgamiento o de la entrega.

Pero hay que tener presente que la nulidad no se declara en las diligencias de apertura y publicación del testamento cerrado, sino que es necesario promover el correspondiente juicio ordinario para que se declare la nulidad. Ahora bien, como la Ley de Notariado ha establecido que el testamento cerrado debe otorgarse por duplicado, para que el testamento cerrado sea nulo es necesario que se den los mismos supuestos contemplados en el inciso tercero del Art. 1020 con respecto al sobre o cubierta que remita al Juez de Corte Suprema de Justicia, porque de no darse ninguno de dichos supuestos no se declara la nulidad del testamento y el testamento contenido en esta última cubierta será el que tendrá validez.

Los testamentos son anulables también por falta de capacidad del testador y por vicios de la voluntad del testador. Estas causas de nulidad constituyen motivos de fondo y pueden afectar la validez del testamento o de ciertas disposiciones del mismo.

La falta de capacidad del testador hace anulable el testamento en su totalidad; un cambio cuando el consentimiento del testador se encuentra viciado se producirá la nulidad del testamento si el vicio afecta la celebración del acto, pero si el vicio no es de tal entidad solo serán nulas las disposiciones afectadas. Para evitar repeticiones considero oportuno no referirme a la nulidad de los testamentos por incapacidad o por vicios del consentimiento, pues ya traté este punto con anterioridad.

Como el testamento es un acto unilateral y las nulidades que afectan su validez son de carácter absoluto, no puede hablarse de ratificación de dichas nulidades. Si el testador quiere que sus disposiciones de última voluntad contenidas en un testamento nulo sean las que surtan efecto después de su muerte, tiene que reproducirlas en un nuevo testamento.

Por último, la nulidad de los testamentos, por ser una nulidad absoluta, solo puede sanearse por el transcurso del tiempo señalado por la ley, siendo éste de treinta años, tal como lo indica el Art. 1553.-

IV.- INTERPRETACION DE LOS TESTIGOS.-

La eficacia de las asignaciones testamentarias depende del grado de perfección y claridad de ellas, por lo tanto deben dichas asignaciones reunir determinados requisitos relacionados con la persona asignataria y con la cosa asignada.

Respecto a la persona del asignatario, la ley establece que éste debe ser una persona cierta y determinada; y en cuanto al objeto de la asignación, debe ser determinado o determinable.

De conformidad al Art. 1039 todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural, colectiva o jurídica. El testador puede indicar claramente su nombre o sin dar su nombre designar la por medio de indicaciones claras. Una persona es cierta cuando se sabe que existe; es determinada cuando se sabe quién es, sea que se la designe por su nombre o por claras indicaciones que la individualicen.

La ley admite el principio de que cuando el asignatario no es persona cierta la asignación se tendrá por no escrita, pero este principio tiene como excepciones: a) las asignaciones hechas a personas que no existen pero se espera que existan (Art. 963 Inc. 3o.), y b) las asignaciones que tengan por objeto la creación de una nueva persona jurídica (fundaciones).

La determinación del asignatario se refiere a su identidad, la cual, por regla general, se hace designándolo por su nombre. Pero hay casos en que el testador no da el nombre del asignatario, sino que simplemente da indicaciones claras de quien es el asignatario, por ejemplo: mi hijo mayor, el hijo de Pedro, etc.

Para existen casos en que excepcionalmente es válida la asignación hecha a personas indeterminadas, tales casos son: las asignaciones que se dejan indeterminadamente a los parientes, las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, las asignaciones que se dejan al alma del testador y las asignaciones hechas en general a los pobres.

El objeto de la asignación debe ser determinado o determinable. Pero si en el testamento no se señala con toda precisión las cosas específicas o genéricas asignadas, a lo menos el testador debe dar claras normas para determinarlas porque de lo contrario la asignación no vale. Sin embargo, el Código contempla un caso de excepción a este principio: las asignaciones para objetos de beneficencia expresadas en el testamento -- (Inc. 2 y 3 del Art. 1048).

La ley, pues, interpreta la voluntad del testador respecto a la certidumbre y determinación del asignatario y a la determinación de la cosa asignada cuando el testador no lo ha hecho con precisión en su testamento en el Título IV, capítulo I del Libro III del Código civil. Pero existen casos en que la imprecisión y ambigüedad de las disposiciones testamentarias son de tal naturaleza que no existen normas legales para poder establecer lo deseado por el testador. En tales casos es necesario interpretar el testamento.

Sería de desearse que los testamentos se escribieran con tal claridad en su texto que no necesitasen de interpretación; pero si en la práctica vemos que aún los legisladores son imperfectos, cuanto más habrán de serlo los testadores que en la mayoría de los casos no son conocedores del derecho.

En el testamento, como negocio jurídico unilateral que es, se contiene una declaración de voluntad que debe ser respetada mientras no contradiga a la ley, por lo que puede apreciarse que la voluntad es el elemento principal del acto jurídico testamentario.

Pero puede darse el caso de que la voluntad del testador no esté acorde

Tercero, normas que tienden a suplir la omisa determinación de la voluntad del causante, pero no a prevalecer sobre ella. Sin embargo, el Art. 1051 contiene una regla de carácter general para la interpretación de los testamentos.

Dice el artículo 1051 "Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. Para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido. Prescribe dicho artículo que la voluntad del testador no puede oponerse a los "requisitos o prohibiciones legales", es decir a las disposiciones que no suplen la voluntad testamentaria sino que la limitan y encuadran. Por lo tanto, no se puede prescindir de la forma, ni testar mancomunadamente, ni por medio de mandatario, ni prohibir al heredero instituido del derecho de acrecer sin convertirle prácticamente en legatario de cuenta.

El inciso segundo del Art. 1051 está de acuerdo con la doctrina de Savigny, relativa a la interpretación de los actos jurídicos, según la cual la voluntad es el elemento principal del acto jurídico, la que liga al individuo, y la declaración solo sirve para exteriorizar esa voluntad. De donde se infiere que cuando la voluntad y la declaración no concuerdan, debe respetarse la voluntad, rectificándose la declaración.

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado el contenido del Art. 1051 en la siguiente doctrina.

"Cuando una cláusula testamentaria es clara, no debe recurrirse a interpretaciones. El Inc. 1o. del Art. 1051, es la regla general y el 2o. solo tiene aplicación cuando el testador ha usado conceptos oscuros o ambiguos. Si claramente se instituye heredero a un pre-muerto, la institución es a favor de un incapaz y nula, en consecuencia. La porción concedida a ese incapaz acrece a los demás herederos, cuando el acrecimiento no ha sido prohibido. En este caso no es posible el derecho de transmisión. La representación no es admisible en las sucesiones testamentarias, salvo en el caso, tal vez único que contempla el Art. 1046 C." (R.J. 19 24, Pág. 474).-

PARTE TERCERA

DEL TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN PAIS EXTRANJERO

Sumario:

CAPITULO PRIMERO: *EL TESTAMENTO SOLEMNE
OTORGADO EN PAIS
EXTRANJERO DE CONFORMIDAD
A LA LEGISLACION
SALVADOREÑA.*

CAPITULO SEGUNDO: *EL TESTAMENTO SOLEMNE
OTORGADO EN PAIS
EXTRANJERO DE CONFORMIDAD
A LAS LEYES DEL PAIS QUE SE
OTORGA Y SU VALIDEZ EN
EL SALVADOR.*

CAPITULO TERCERO: *EL TESTAMENTO OLOGRAFO
OTORGADO EN PAIS
EXTRANJERO Y SU VALIDEZ EN
EL SALVADOR.*

CAPITULO CUARTO : *CONSIDERACIONES FINALES.*

CAPITULO PRIMERO

EL TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN PAIS EXTRANJERO

DE CONFORMIDAD A LA LEGISLACION SALVADOREÑA.

Una de las características principales de la ley es su territorialidad, característica que se acentúa en las leyes que rigen las formas de los actos jurídicos.

Pero puede darse el caso que ciertos actos formales los interesados deseen que se otorguen no de conformidad a las leyes del país en que se encuentran, sino que de conformidad a una legislación distinta a la del lugar. Para tales casos se presenta la dificultad del funcionario que debe autorizar el acto, pues tales funcionarios ejercen su ministerio subordinándose a la legislación del lugar, y están obligados, por lo tanto, a llenar los requisitos de forma que su ley les impone. Además, dichos funcionarios desconocen la legislación a que los otorgantes desean someter el acto que celebran por lo que dichos actos están expuestos en la mayoría de los casos a contener defectos que los hagan anulables por no haberse observado los requisitos de la ley a que han querido someterlos.

Frente a tal situación, la mayoría de las legislaciones modernas -- han dictado normas para que sus funcionarios diplomáticos y consulares -- puedan autorizar actos de conformidad a su respectiva legislación y evitarse los problemas señalados.

Los testamentos solemnes pueden otorgarse en un país de conformidad a una legislación diferente, cuando el funcionario ante quien se otorgan está facultado por la nación a quien representan para autorizar dichos actos. Estos testamentos han sido denominados en la doctrina "testamento consular".

¿Qué razones puede tener un testador para no servirse de las formas testamentarias del lugar en que se encuentra y optar por otorgar su testamento de conformidad a otra legislación? Las razones son de tipo práctico. En primer lugar, si el testador no está domiciliado en el país del otorgamiento su sucesión no se abrirá en ese lugar sino en el de su último domicilio, y es allí donde tiene que hacerse valer del testamento, -- pero si el testamento no se ha otorgado en el lugar donde se tiene que -- abrir la sucesión, dicho testamento debe someterse, para recibir su ejecución a ciertos requisitos para comprobar su autenticidad lo cual implica trámites a veces engorrosos para los herederos y que cuando el testador es previsor trata de evitar. En segundo lugar, muchas veces las formalidades establecidas por la ley del lugar del otorgamiento violan el -- orden público del país en que se hará valer el testamento y en tales casos dicho testamento no puede hacerse valer en el país en que se abre -- la sucesión o en el que desea ejecutarse.

Puede otorgarse en el extranjero testamento solemne de conformidad a nuestra legislación, si dicho testamento se otorga ante Jefe de Misión Diplomática Permanente que haya acreditado nuestro país en ese lugar o -- ante Agente Consular Salvadoreño. Pero ese testamento debe reunir todos los requisitos exigidos por nuestra legislación para que tenga existencia jurídica y validez formal, puesto que se otorga de conformidad a la ley salvadoreña.

Dichos testamentos para poder ser admitidos por el Juez que conoce del juicio sucesorio, deben cumplir con el único requisito de autenticar la firma del funcionario diplomático o consular salvadoreño ante quien se otorgó, firma que autentica el Ministerio de Relaciones Exteriores.

También es necesario hacer ver que los testigos que concurren al --

otorgamiento de esos testamentos deben ser capaces para poder testificar de acuerdo al Art. 34 de la Ley de Notariado, o sea deben llenar todos - los requisitos de capacidad establecidos por dicho artículo, excepto el de estar domiciliados en El Salvador.

Los Cónsules y Jefes de Misión Diplomática permanente que autoricen testamentos, están sujetos en la misma forma que los notarios a las obligaciones impuestas por la Ley de Notariado en los artículos 41 y 47.

No creo oportuno referirme a las solemnidades que deben observarse para el otorgamiento de los testamentos otorgados en el extranjero ante funcionarios diplomáticos y consulares salvadoreños, pues a dichos testamentos les son aplicables todas las solemnidades y requisitos a que me referí al tratar los testamentos nuncupativos y cerrados y hacerlo sería incurrir en repeticiones.-

CAPITULO SEGUNDO

EL TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN PAIS EXTRANJERO DE CONFORMIDAD A LAS LEYES DEL PAIS EN QUE SE OTORGA Y SU VALIDEZ EN EL SALVADOR.-

La forma de los actos se rige por la ley del lugar en que se otorgan, principio que recibe el nombre de "locus regit actum" y que es respetado por nuestra legislación.

Tratándose de testamentos, puede preguntarse si tiene validez en El Salvador un testamento otorgado en el extranjero? Nuestra legislación admite que dichos testamentos pueden hacerse valer en El Salvador al establecer en el Art. 1021:

""Valdrá en El Salvador el testamento otorgado en país extranjero por un salvadoreño o por cualquier otra persona, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria.""

El Art. 1021 se refiere al testamento solemne otorgado en país extranjero y no se refiere en ningún momento a las formas testamentarias -- menos solemnes o privilegiadas, ya que este artículo está comprendido en el Capítulo III del Título III del Libro Tercero del Código Civil cuyo epígrafe dice: ""DEL TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN PAIS EXTRANJERO"". En nuestra legislación los testamentos son solemnes o menos solemnes, -- clasificación hecha atendiendo al mayor o menor número de solemnidades -- requeridas por la ley para las distintas formas.

Las legislaciones de otros países clasifican las formas testamentarias de la misma manera, pero lo que a veces cambia es la terminología.-- Asi vemos que en España los testamentos se clasifican en comunes y especiales; Argentina y Méjico los clasifican en ordinarios y especiales; -- Alemania en ordinarios y extraordinarios; y otras legislaciones, como la nuestra, chilena, colombiana, francesa, etc. los clasifica en solemnes y menos solemnes o privilegiados. Estas clasificaciones son en el fondo --

las mismas y lo único que cambia es, como ya dije, la terminología.

El Art. 1021 actual, apareció en el Código de 1860 con el número -- 1014; 1058 en la edición de 1893; y 1026 en la edición de 1904. Pero hay que señalar que antes de la reforma de 1902 el artículo 1021 decía ""Valdrá en El Salvador el testamento escrito, otorgado en país extranjero."" y por la reforma que sufrió dicho artículo en el año 1902 se le suprimió la palabra "escrito", quedando el artículo redactado tal como se encuentra en la actualidad. La Comisión reformadora de 1902, al proponer la -- reforma al citado artículo dió las siguientes razones:

""Según el Art. 1058, tal como está redactado, no valen en El Salvador, los testamentos verbales otorgados en país extranjero. La Comisión propone que se suprima la palabra "escrito", porque en su sentir deben en El Salvador todos los testamentos otorgados en país extranjero, -- de conformidad con las leyes de dicho país, sean escritos o verbales"".

Pero no obstante ese sentir de la Comisión reformadora de 1902, en el sentido de que deben valer en El Salvador todos los testamentos otorgados en país extranjero, considero que solamente se quedó en la intención o en el "sentir" de dicha Comisión, no obstante la reforma, porque si bien es cierto que se suprimió la palabra "escrito", no se modificó -- el epígrafe del Capítulo Tercero el cual se refiere al testamento solemne.

El Art. 1021, señala como requisitos para la validez de los testamentos otorgados en país extranjero, los siguientes.

1o.- El testamento debe otorgarse por escrito; porque entre nosotros, de acuerdo al Art. 1006, el testamento solemne es siempre escrito, y el epígrafe del Capítulo tercero, título tercero del Libro Tercero del Código Civil se refiere al testamento solemne, por lo que la reforma que sufrió dicho artículo fue inoficiosa ya que el Art. 1006 es una disposición de orden público.

2o.- Debe acreditarse que se han cumplido las solemnidades exigidas por la ley del país del otorgamiento; ya que éstas son las que determinan las condiciones y requisitos de validez del acto testamentario en dicho país.

Si por no haberse celebrado el testamento con las solemnidades del país del otorgamiento, según su caso, el testamento no fuera válido en el país en que fue otorgado, no podría tener valor en El Salvador. La carga de la prueba de las solemnidades recae sobre la persona que en nuestro país invoca la validez del testamento. Tal prueba nos dice el Art. 1021 debe verificarse en la forma ordinaria; es decir, que el interesado debe acreditar la existencia de la ley extranjera que establece las solemnidades del testamento.

3o.- Debe acreditarse la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria. De acuerdo al Art. 17 C. la autenticidad se refiere al hecho de haber sido otorgado y autorizado el testamento por las personas y de la manera que en tal instrumento se expresa. El inciso primero del Art. 17 prescribe que la prueba de la autenticidad se hará de acuerdo al Art. 261 Pr.-

Si el testamento que se trata de hacer valer en El Salvador fuere un testamento ológrafo, la prueba de su autenticidad resultará de las actuaciones a que dicho testamento ha debido someterse en el país en que fue otorgado, actuaciones que debe contener el instrumento presentado o que el interesado debe hacer agregar a él; lo mismo se aplica al testamento cerrado, al testamento abierto privado etc. De manera que la prueba de la autenticidad del instrumento que se pretende hacer valer en El Salvador, además de que no cambia cualesquiera sea la clase de testamento solemne que se haya otorgado en el extranjero, es una condición sine qua non para que pueda admitirse como tal.

Cuando en El Salvador se pretende hacer valer un testamento solemne otorgado en el extranjero estamos frente a un problema de Derecho Internacional Privado, puesto que es necesario analizar si nuestra legislación aceptará su validez.

El Art. 148 de la "Convención sobre Derecho Internacional Privado", más conocida con el nombre de CODIGO BUSTAMANTE, prescribe. "Son de orden público internacional las disposiciones que prohíben el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal, y las que lo declaran acto personalísimo". Dicho artículo habla de orden público internacional, por lo que es necesario fijar el alcance de tal término para poder establecer qué formas testamentarias extranjeras no son admitidas en nuestra legislación.

Aparentemente la noción de orden público es sencilla y no ofrece dificultades, todos la emplean y comprenden y aún se cree poder reducirla a una fórmula general; pero cuando se intenta definirlo se presentan grandes dificultades puesto que dicho concepto no puede ser general e idéntico en el tiempo y en el espacio, ya que responde a criterios y sentimientos distintos de pueblo a pueblo y aún en un mismo Estado se modifican y transforman con el transcurso del tiempo.

El orden público toma históricamente una variedad de formas. Su primera manifestación coincide con los primeros pasos del Derecho Internacional Privado. Los estatutarios limitaban la aplicación de los estatutos odiosos al territorio del legislador y sólo admitían la importancia en el territorio ajeno de los estatutos favorables.

En la escuela holandesa el orden público internacional tiene un papel subordinado, ya que la territorialidad justifica la conexión de la ley del forum. Pero, en materia de autonomía de la voluntad, la noción aparece por primera vez, en su aspecto auténtico y se mezcla en los casos de fraude de ley.

La primera manifestación legislativa se halla en el Código de Napoleón (Art. 6) donde, sin embargo, queda enfocada en el derecho interno.

Story fue el primero en dar una definición de orden público al decir: "ninguna nación puede estar en justicia obligada a renunciar a su propia política fundamental y a sus instituciones, a favor de las de otra nación. Mucho menos puede una nación estar obligada a sacrificar sus propios intereses a favor de los de otra o dar fuerza a doctrinas que, desde un punto de vista moral y político, son incompatibles con la propia seguridad o felicidad o consideración concienzuda de la justicia del deber".

Savigny concibió la noción de orden público diciendo que la ley extranjera debe aplicarse, a menos que dicha aplicación fuere contraria al orden social o moral, que quedan siempre sujetos a las leyes prohibitivas o rigurosamente obligatorias.

Para Miboyet, la idea de orden público es admisible únicamente en la medida en que es necesario para fundar la competencia de una ley que, sin ella, no podría manifestarse porque siempre que la ley territorial es ya competente debe rechazarse la idea de orden público. Cuando la ley extranjera debería aplicarse en un caso dado, se acude a la idea de orden público para evitar la aplicación de dicha ley. Define Miboyet el orden público diciendo: "es un remedio en virtud del cual la ley extranjera normalmente competente, podrá rechazarse por la ley territorial cada vez que su aplicación sea socialmente inconveniente para ese país.

Se ha definido también el orden público como el conjunto de normas imperativas de un país, que dadas las ideas particulares que en él existen, son consideradas como necesarias a los intereses sociales, religiosos, morales, políticos o de cualquier otra índole.

Hay que distinguir entre orden público interno y orden público internacional, distinción que no todos los autores aceptan, pero que se encuentra contenida en el Código Bustamante.

Las leyes de orden público interno comprenden los preceptos y prohibiciones, impuestas a los particulares, con el objeto de proteger sus intereses y que solo se dirigen a los nacionales del país, los cuales no pueden derogar dichas disposiciones por convenios. Su eficacia y objeto no dependen del territorio, ni afectan la existencia substancial del Estado. Así vemos que ninguno puede determinar por contrato que es mayor de edad a una edad distinta que la fijada por la ley; tampoco puede pactarse que el matrimonio es indisoluble o puede disolverse por motivos diferentes que los establecidos por la ley; o pactar un matrimonio para un tiempo determinado, etc.-

Las leyes de orden público interno tienen como característica: a) ser personales; b) ser imperativas, c) ser extraterritoriales, y d) ser generales.

Sus efectos son: a) excluir la ley extranjera; b) cumplirse y aplicarse fuera del territorio, y c) excluir la autarquía personal.-

Las leyes de orden público interno se dictan para los nacionales o domiciliados, según el sistema que se adopte, y los siguen a donde quiera se generen sus actos.

El orden público internacional comprende las leyes que obligan a todos sin distinción de nacionalidad, por el respeto debido a las instituciones de un país, cuya falta de aplicación vendría a comprometerlas; y es por ello que tienen un marcado carácter de territorialidad.

Un país puede aplicar el derecho extranjero siempre que no choque o vulnere el orden público de dicho país.

Las leyes de orden público son las que tienen por objeto la estructura del Estado y sus instituciones fundamentales, hasta el punto de que infringirlas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar su soberanía. Tienen como características a) ser imperativas; b) ser territoriales; c) según Pillet son nacionales porque varían en cada país, y d) son actuales según el concepto que de orden público se tenga.

Con todo lo dicho podemos ya indicar las formas testamentarias admitidas en el extranjero cuya validez no se admite en nuestro país.

En primer lugar tenemos el testamento mancomunado. Dicho testamento es aquel otorgado por dos personas en beneficio recíproco o de un tercero. Nuestra legislación establece como característica fundamental del testamento el ser un acto de una sola persona en el Art. 1000, y además sanciona con la nulidad los testamentos en los que se viole tal principio. Ahora bien, al ratificar nuestro país el Código Bustamante y no hacer reserva alguna sobre el Art. 148, dicha disposición ha pasado a ser ley de la República, por lo que se advierte que el citado Art. 1000 ha adquirido la categoría de disposición de orden público.

Por las mismas razones el testamento por comisario o testamento por mandatario, no tiene validez en nuestro país, porque dicho testamento va contra el principio de ser el testamento un acto personalísimo.

Los testamentos privilegiados otorgados de conformidad a la legislación extranjera no tiene validez en nuestro país, porque de conformidad al Capítulo tercero, Título tercero del Libro Tercero del Código Civil, solo se reconoce la validez de los testamentos solemnes otorgados en país extranjero.

Los testamentos solemnes otorgados en el extranjero que no violen el orden público salvadoreño pueden hacerse valer en nuestro país. Pero hay que hacer notar, que el testamento que se pretende hacer valer debe haber llenado las formalidades exigidas por la ley del país en que se otorga para que con dicho testamento puede ejecutarse la voluntad del testador. Tales formalidades se refieren a la adverbación del testamento ológrafo, la apertura y publicación del testamento cerrado, a la protocolización del testamento abierto privado y a todos aquellos requisitos que la ley del lugar impone para la forma testamentaria de que se trata y que deben cumplirse con posterioridad al otorgamiento del testamento o después de la muerte del testador.-

CAPITULO TERCERO

EL TESTAMENTO OLOGRAFO OTORGADO EN PAIS EXTRANJERO Y SU VALIDEZ EN EL SALVADOR.-

Don Luis Claro Solar nos dice que el testamento ológrafo es el testamento escrito en toda su integridad por el mismo testador.

El Código de Napoleón en su Art. 970 dice: "El testamento ológrafo no será válido si no es escrito por entero, fechado y firmado por la mano del testador; no está sujeto a ninguna otra forma". Esta definición se critica por ser un tanto redundante, debido a que si el testamento está escrito íntegramente, fechado por la mano del mismo testador, y que por eso se le llama ológrafo, dice la disposición del Código francés que es válido, por lo tanto está de más que se agregue "no está sujeto a ninguna otra forma".

El testamento ológrafo es de origen romano, aparece en la época a -- del Derecho Imperial, pues la tendencia de los emperadores a prescindir -- de todo formalismo innecesario fue motivo para que se estableciera la distinción entre el testamento escrito en su totalidad por el mismo testador (hollographum), ológrafo, y el escrito a ruego del testador por otra persona (hallographum), eximiéndose al primero de la necesidad de testigos y requiriéndose de la presencia de éstos en el segundo.

El Fuero Juzgo además de las cuatro formas de testar señaladas en el tit. 5 Lib. II ley 15 reconoció el testamento ológrafo, pues se provee el caso en que una persona se halle en un lugar donde, para hacer testamento, no encuentre el número de testigos necesarios, y para tal caso dice -- que "debe escrevir su manda con su mano", fijando, además, ciertos requisitos, que constituyen una forma de testamento ológrafo de carácter especial. El Código de las Siete Partidas recogió el testamento romano llamado "parentem inter liberos", admitiendo entre sus variedades, que reguló la ley VII, tit. I, Partida VI, una forma ológrafa que también tenía carácter especial, y que fue suprimida por la ley III de Toro.

Las dos formas anteriores de testamento ológrafo no tenían aplica--- ción al entrar en vigencia el Código Civil español, pero ello no quiere -- decir que, en la antigua legislación española, no puedan señalarse, aun-- que sea con carácter parcial y limitado, antecedentes del testamento oló-- grafo.

El Proyecto de Código Civil español de 1851 incluyó el testamento -- ológrafo, basándose en la ley 15, tit. 5 --De hollographis scriptoris-- -- del libro II del Fuero Juzgo, como forma supletoria para los casos de pe-- ligro inminente de muerte y cuando no se hallaban testigos hábiles en nú-- mero suficiente para otorgar testamento común. El Código Civil Español vi-- gente admite el testamento ológrafo y lo incluye entre las formas comunes de testamento.

Dice Pothier que el testamento ológrafo era admitido en Francia en -- los países de Costumbres. Con respecto a los países de Derecho escrito no fue conocido en la mayoría de ellos. La Ordenanza de 1735 sobre los testa-- mentos respetó la variedad de usos de las distintas regiones diciendo que el testamento ológrafo sería admitido en las provincias donde había sido usado antes de su promulgación. El Código de Napoleón extendió el uso del testamento ológrafo a toda Francia.

La palabra ológrafo viene de "olos" y "graphos", escribir por entero, y su etimología nos basta para saber que dicho testamento es aquel escri-- to enteramente por el testador. En las diversas legislaciones siempre han existido testamentos escritos en su totalidad de puño y letra del testa--

dor, por ejemplo: el testamento de uso más común en Inglaterra que requiere además de la presencia de testigos y también algunos testamentos cerrados, pero el testamento ológrafo se diferencia de esos otros testamentos en que en él basta que esté escrito íntegramente de puño y letra por el testador, sin ninguna otra condición formal; mientras que en los otros -- testamentos se requiere de la intervención de otras personas en calidad de testigos.

Es el testamento ológrafo uno de los testamentos que requiere menos solemnidades, teniendo de común con el testamento cerrado que en ambos la voluntad del testador es desconocida, por ser secreta, y se diferencian -- en que en el ológrafo no sólo se desconoce la voluntad del testador, sino que aún la existencia del testamento mismo, ya que en el testamento cerrado el testador debe manifestar al notario y testigos que las cubiertas -- que presenta contienen su testamento y dichas cubiertas deben legalizar, -- de donde vemos que en el testamento cerrado se conoce la existencia del -- testamento, aunque no su contenido.

El testamento ológrafo es admitido en España, Francia, Italia, Austria, Alemania, Suiza, Méjico, Argentina, gran número de los Estados de los Estados Unidos de Norte América, Canada, etc.-

Se señalan como inconvenientes del testamento ológrafo.

1o.) el temor a la falsedad y al fraude, dada la sencillez de sus formalidades y la no intervención de persona alguna, extraña al testador, en su otorgamiento; 2o.) la relativa facilidad de su deseparación, pues puede -- ser sustraído o inutilizado ya que no hay ninguna garantía pública o privada al no intervenir en él otra persona más que el testador. 3o.) al no intervenir ningún funcionario, se expone el testador a no cumplir, por ignorancia o descuido, algún requisito legal y peligrar por esa circunstancia la validez del testamento.

Pero el testamento ológrafo presenta grandes ventajas: este testamento es el más sencillo de todos, es el único que puede estar ignorado verdaderamente, por lo que es el que mejor asegura el secreto en todas sus -- formas. Autores como Seilles, citado por Valverde, dice que es la salvaguarda suprema de la libertad testamentaria. En los países acostumbrados a fórmulas simples y rápidas, el testamento ológrafo desplaza a las otras formas testamentarias, ya que la simplicidad y facilidad de los actos es signo de mayor cultura. También se dice que el testamento ológrafo, por -- su sencillez y bajo costo, es el testamento de las clases modestas.

EL TESTAMENTO OLOGRAFO EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES.-

Haré una síntesis de las regulaciones a que está sometido el testamento ológrafo en algunas legislaciones que lo contemplan.

Como ya dije, todas las legislaciones clasifican los testamentos -- atendiendo a un criterio en el que las solemnidades requeridas para las diversas formas es lo determinante. Pero dichas clasificaciones en el -- fondo son las mismas y lo único que cambia es la terminología.

Es necesario, por lo tanto, hacer énfasis que aquellas legislaciones que admiten el testamento ológrafo lo comprenden en sus clasificaciones dentro de los testamentos solemnes (Francia), comunes (España), ordinarios (Alemania, Argentina y Méjico), etc.-

Legislación española: El Art. 688 del Código Civil español señala -- como requisitos esenciales del testamento ológrafo, los siguientes: a) -- que el testador sea mayor de edad; b) que esté escrito todo y firmado -- por el testador con expresión del año, mes y día de su otorgamiento; y -- c) que se salven las palabras tachadas, enmendadas o entrelíneas, de---

biendo hacer esto el testador bajo su firma.

Legislación francesa. El Art. 970 del Código francés da el concepto de testamento ológrafo y a la vez señala los siguientes requisitos o formalidades que deben cumplirse en el otorgamiento de dicha forma, los cuales son: a) que el testador escriba de su puño y letra el testamento en su totalidad; b) la indicación de la fecha; y c) la firma del testador.

Planiol y Ripert hablan de "formalidades posteriores a la redacción del testamento ológrafo", señalando que éstas tienen como finalidad su conservación durante la vida del testador y particularmente al tiempo de su muerte y después de ella. Son, dicen una puramente consuetudinaria, que es el depósito del testamento en poder de un notario, por el testador en persona; y otra legal, Art. 1007, o sea, la apertura del testamento y su depósito, después del fallecimiento del testador, por las autoridades judiciales. Solamente las formalidades del Art. 970 se imponen bajo pena de nulidad, concluyen.

Legislación argentina. El Art. 3639 del Código Argentino dice. "El testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula". Por lo tanto para la legislación argentina el testamento ológrafo debe reunir las siguientes formalidades: a) el testamento debe ser escrito íntegramente de puño y letra por el testador; b) el testamento debe estar fechado; y c) debe firmar el testador.

Es de hacer notar que el Art. 3650 dice que el testamento ológrafo vale como "acto público y solemne".

Legislación mejicana. El Art. 1550 del Código Civil mejicano define el testamento ológrafo diciendo: "Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador", y el Art. 1851 señala como requisitos esenciales para la validez de este testamento: a) que el testador sea mayor de edad; b) que está totalmente escrito y firmado por el testador; y c) que se exprese el día, mes y año del otorgamiento.

El Código de Bustamante hace referencia al testamento ológrafo en su Art. 148, al decir "Son de orden público internacional las disposiciones que prohíben el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal, y las que lo declaran acto personalísimo". De donde podemos apreciar que lo que dicho artículo prescribe, con relación al testamento ológrafo, es que las disposiciones que lo prohíben son de orden público internacional. Pero nuestra legislación no contiene ninguna disposición de orden público respecto del testamento ológrafo, ya que no contempla esta forma testamentaria, no hay ninguna disposición que prohíba el testamento ológrafo, simplemente tratándose del testamento ológrafo, nuestra ley guarda silencio.

EL TESTAMENTO OLOGRAFO Y SU VALIDEZ EN EL SALVADOR.-

Antes de entrar al estudio de la validez del testamento ológrafo otorgado en el extranjero y su validez en El Salvador es necesario advertir que ésta es una forma testamentaria privada, por no concurrir a su otorgamiento un funcionario público. Pero las legislaciones que han adoptado esta forma establecen formalidades posteriores a la muerte del testador para que la declaración de voluntad que se encuentra contenida en el testamento pueda recibir ejecución. Estas formalidades reciben el nombre de adverbación del testamento, y tienen por objeto, a través de una actuación judicial, establecer la autenticidad del testamento e introducirlo en un registro notarial.

En Francia, por ejemplo, de acuerdo al Art. 1007 y siguientes del -

Código de Napoleón, el testamento ológrafo antes de ser puesto en ejecución, debe presentarse al Juez, quien levantará acta de la presentación, de la apertura del testamento y de su estado, y en seguida ordena la protocolización en una notaría.

Los artículos 689 y siguientes del Código español señalan un procedimiento similar, pues el testamento ológrafo, una vez fallecido el testador, debe presentarse al Juez a efecto de comprobar la autenticidad del testamento, y una vez establecida, se ordena su protocolización en una notaría.

Igual procedimiento han establecido todos los países que han adoptado el testamento ológrafo, pero es necesario hacer constar que no es el testamento ológrafo original que utilizan los herederos para la ejecución del testamento, sino que son los testimonios del testamento protocolizado que se les expide. Por lo tanto, cuando se quiere hacer valer un testamento ológrafo otorgado en el extranjero, lo que debe presentarse es el testimonio del testamento protocolizado en el lugar de su otorgamiento y no el testamento original, cuya autenticidad debe constar en el instrumento mismo de conformidad al Art. 261 de nuestro Código de Procedimientos Civiles.

Nuestra legislación no ha adoptado el testamento ológrafo, pero al afirmar esto no estoy negando la posibilidad de que dicho testamento pueda surtir efectos en El Salvador.-

La legislación civil chilena, origen de nuestra legislación civil, tampoco ha adoptado el testamento ológrafo y en materia testamentaria hay similitud entre ambas legislaciones, pues en esta materia nuestro legislador tomó como modelo las disposiciones del Código chileno con ligeras variantes, que no es menester señalar.

Don Andrés Bello, autor del Proyecto de Código Civil Chileno era partidario del testamento ológrafo, y propuso que se adoptara dicha forma testamentaria aunque fuera como testamento privilegiado. Esta opinión y a la vez proposición de don Andrés Bello se encuentra contenida en la nota al Art. 44 del tit. 3o. del Proyecto de 1841-1845 (19).

Anteriormente dije que no negaba la posibilidad de que un testamento ológrafo pueda surtir efecto en El Salvador, a pesar de lo dispuesto en el Art. 18 C. Pasaré a continuación a plantear los casos que pueden darse con relación a su validez en El Salvador.

PRIMERO: "El testamento ológrafo otorgado en El Salvador por un salvadoreño".- Este testamento no sería entre nosotros un testamento nulo, sino que no existiría como testamento, o sea que sería inexistente, puesto que nuestra legislación no contempla esa forma testamentaria.

SEGUNDO: "El testamento ológrafo otorgado en El Salvador por un extranjero y que ha de surtir efectos en nuestro país". La solución de este supuesto es idéntica a la del caso anterior, ya que los actos realizados en El Salvador se rigen, en cuanto a las formas, por la ley salvadoreña de conformidad al principio "locus regit actum" contenido en los Arts. 16 y 17 C.

TERCERO: "El testamento ológrafo otorgado en el extranjero de conformidad a la ley del país en que se otorga, siendo el otorgante salvadoreño o extranjero y que ha de surtir efectos en El Salvador". El tercer caso se soluciona admitiendo la validez del testamento ológrafo, de conformidad al Art. 1021 que ya analicé detenidamente en el capítulo anterior. Pero la solución que propongo ha sido motivo de controversias de -

(19) Andrés Bello, Obras Completas, Tomo III, Pág. 53.-

parte de los tratadistas chilenos y de nuestros juristas.

Al examinar la legislación chilena encontramos que el Art. 1027 del Código Civil es casi idéntico al Art. 1021 de nuestro Código, ya que la única diferencia que entre ellos existe es que en nuestra legislación en el año 1902 se suprimió la palabra "escrito", y antes de dicha reforma - ambos artículos eran idénticos.

Así las cosas, vemos que en Chile también ha surgido el problema de si se reconoce la validez del testamento ológrafo otorgado en país extranjero de conformidad a las leyes de dicho país o se le niega todo valor a dicho testamento cuando en Chile tiene que surtir efectos. Los profesores Osvaldo Rengifo y Alfredo Barros Errázuriz le niegan todo valor al testamento ológrafo.-

Dice el profesor Rengifo "Al decir por consiguiente el Art.1027 --- (1021 en El Salvador), que los testamentos otorgados en el extranjero deben sujetarse a las solemnidades requeridas en el lugar, ha excluido los ológrafos que son la abstracción de toda solemnidad y actos puramente privados. No habría razón para que el Código rechazara los testamentos privilegiados que se someten a formalidades mucho más estrictas y no rechazara los ológrafos que son los menos garantidos por la ley. Una afirmación de esta teoría se encuentra en el art. 18 del Código Civil, que dice: "En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Chile, no valdrán las escrituras privadas cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que han sido otorgadas". Admitida la necesidad de que todo testamento sea un instrumento público y solemne, es claro que no podrá entre nosotros presentarse un testamento ológrafo para probar la última voluntad de una persona sin contravenir la terminante disposición de este artículo".-

La opinión del profesor Rengifo presupone que todo testamento debe ser un acto público y solemne, y dicho jurista niega al testamento ológrafo la calidad de solemne. Sin embargo, hemos señalado que las diversas legislaciones siempre dan el carácter de solemne al testamento ológrafo; así vemos que el Art. 3650 del Código argentino hace resaltar esa característica al decir que "el testamento ológrafo vale como acto público y solemne", y esta característica que posee el testamento ológrafo no puede ser desconocida. El profesor Rengifo basa su opinión en la doctrina de Mourlon para quien el testamento ológrafo es un acto bajo firma privada, para cuya validez ni aún es necesaria la firma entera del testador.

La opinión de Mourlon se aparta totalmente de la solución dada a este problema por la casi totalidad de comentaristas del Código de Napoleón.

Barros Errázuriz al referirse a la validez del testamento ológrafo dice: "Al hablar el Código en el encabezamiento del párrafo del testamento solemne otorgado en país extranjero, al exigir que por lo tocante a las solemnidades se haga constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgue, y al pedir que se pruebe la autenticidad parece que no reconoce valor al testamento ológrafo otorgado en país extranjero. Se llama ológrafo el testamento escrito por entero por el testador, pero sin sujeción a ninguna de las solemnidades ordinarias. La máxima locus regit actum se aplica, en concepto de los tratadistas, sólo a los contratos y testamentos que se hacen con el ministerio de oficiales públicos, pero no puede aplicarse a los actos meramente privados, no sujetos a solemnidad alguna, como los testamentos ológrafos, que son obra sino de los que los hacen, que son al mismo tiempo autores y ministros de sus disposiciones".-

La opinión de Barros Errázuriz es inaceptable pues basa su criterio en los testamentos ológrafo, por ser actos privados no están previstos -- de solemnidades, lo cual es inaceptable, ya que las legislaciones que admiten el testamento ológrafo señalan como característica de este testamento el ser solemne, y además poseen requisitos de fondo a solemnidades que no podemos desconocer. Autores como Troplong dicen que el testamento ológrafo es tan solemne como el testamento por acto público, en el sentido que lleva en sí mismo la prueba de lo que contiene. Por último, es necesario recordar que un acto es solemne cuando la ley prescribe formas -- para la existencia del acto; en consecuencia las formas solemnes son extrañas a la prueba que resulta del acto.

No obstante la opinión de los profesores Rengifo y Barros Errázuriz, la mayoría de los tratadistas chilenos se ha pronunciado concediendo validez al testamento ológrafo otorgado en país extranjero de conformidad a las leyes de dicho país, y es así como la jurisprudencia chilena ha fallado que "habiendo sido impugnada la autenticidad o el cumplimiento de las formalidades de un testamento ológrafo, otorgado y protocolizado en Francia, corresponde considerarlo comprendido en la clasificación indicada en el Art. 1027 del Código Civil que consagra el principio de derecho internacional privado según el cual la ley del lugar rige el acto, con respecto a los testamentos escritos otorgados en el extranjero; y que, en consecuencia, el Art. 1027 reconoce todo valor y eficacia en Chile, a un testamento escrito, otorgado en Francia". (Jurisprudencia del Tribunal de Casación, sentencia del 10. de enero de 1921; Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 25, Pág. 106).-

En nuestro país algunos abogados se inclinan por negar la validez -- del testamento ológrafo otorgado en el extranjero, debido a que el Art. 1021 exige probar la autenticidad del testamento otorgado en el extranjero, lo cual evoca la idea de instrumento público, idea que reafirman -- con lo dispuesto en el Art. 18 C.-

No obstante eso, algunas de nuestras juristas aceptan la validez -- del testamento ológrafo, porque el Art. 1021 no hace ninguna exclusión -- respecto a dicha forma testamentaria, sino que dicha norma solo exige -- que se hayan seguido todos los trámites de legalización y protocoliza-- ción cuando así lo exija la ley del lugar donde fué otorgado el testamento.

En mi opinión debe aceptarse la validez del testamento ológrafo otorgado en el extranjero por las siguientes razones.

1ª Porque el único requisito de fondo que exige el Art. 1021 C. para que valga en El Salvador el testamento otorgado en país extranjero es que sea solemne, y el único requisito común para los testamentos solemnes exigido por nuestra legislación es que el testamento solemne sea -- siempre escrito, de conformidad al Art. 1006, y el testamento ológrafo -- es un acto solemne y escrito, ya que ha sido escrito en su totalidad, fechado y firmado de puño y letra por el testador.

2ª Nuestra legislación acepta el principio locus regit actum, por -- consiguiente si el testamento ológrafo tiene valor según la ley del país en que se otorga, también lo tendrá en El Salvador. El Art. 17 consagra el principio locus regit actum, pero esta disposición es deficiente, porque sólo se refiere a las solemnidades o formas de los instrumentos públicos; sin embargo, dicha disposición se complementa con lo prescrito -- en el inciso 2o. del Art. 16 que concede valor en El Salvador a los contratos otorgados válidamente en país extranjero, y con otras disposiciones del Código, como la del Art. 116 que reconoce la validez del matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes de dicho -- país, y el Art. 1021 que reconoce la validez del testamento otorgado en el extranjero si se han observado en él las solemnidades prescritas por la ley del lugar del otorgamiento, sin otra limitación que la de ser escrito, por la relación que existe con el Art. 1006.

Para comprender con más claridad el punto de vista que sustentó, es necesario examinar la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y más concretamente del Art. 17 de nuestro Código Civil. Nuestro legislador tomó como modelo el Código Civil chileno del cual transcribió íntegramente a nuestro Código la mayoría de las disposiciones, por lo que encontramos que el legislador salvadoreño introdujo textualmente el Art. 17 del Código Chileno existiendo igual numeración en nuestro Código. Este artículo fue tomado por don Andrés Bello del artículo 10 del Código de Luisiana, tal como aparece en la nota al Art. 12 del Proyecto de Código Civil Chileno de 1853 (20). El Art. 10 del Código de Luisiana dice: "La forma y el efecto de los actos públicos y privados se regulan por las leyes y usos del país en que estos actos se han verificado. Sin embargo, el efecto de los actos otorgados para ser ejecutados en otro país, se regulan por la ley del país donde reciben su ejecución".

Vemos pues que el Código de Luisiana, de donde se tomó el artículo 17 por el legislador chileno, comprende a ambas clases de instrumento.

En conclusión, el artículo 1021 se refiere al testamento solenne, -- que deb ser siempre escrito de acuerdo al Art. 1006, sin exigir que se otorgue por acto público; y como el testamento ológrafo es esencialmente un testamento escrito y solenne, reúne las condiciones que el artículo referido exige para que, otorgados en país extranjero y reconocido como tal en este país, valga en El Salvador.

Pero para su validez es necesario probar su autenticidad conforme a las reglas procesales del Art. 261 Pr., y además debe probarse que está otorgado conforme a las leyes del país extranjero correspondiente, conforme al procedimiento que señala el Art. 409 del Código Sustantivo, esto es, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trata, en la que dan fe del texto, vigencia y sentido de la ley, dicha certificación deberá presentarse debidamente legalizada; y, -- cuando no pueda hacerse dicha prueba en la forma mencionada anteriormente o cuando el juzga se estimare insuficiente la prueba que se le ha presentado, solicitando de oficio por vía diplomática que el Estado cuyo legislación se trata de probar, proporcione informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable, tal como lo indica el Art. 410 del mismo Código Sustantivo. En este caso, el Juez solicita dicho informe por medio de suplicatorio internacional que curso a través de la Corte Suprema de Justicia.

CAPITULO CUARTO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

Después de haber estudiado el punto de vista tanto doctrinario como legal que he realizado sobre el tema LOS TESTAMENTOS SOLEMNES EN LA LEGISLACION VENEZOLANA, y con vista a resolver algunas deficiencias que en nuestro medio se suscitan, me limitaré en este capítulo final a externar las siguientes conclusiones a que he llegado y las recomendaciones que creo oportuno para solucionar dichas deficiencias en nuestro ordenamiento sucesorio.

CONCLUSIONES:

a) En nuestra legislación existe un gran vacío respecto a los vicios que afectan la voluntad testamentaria, puesto que no se regula de manera específica, en materia sucesoria, los vicios del consentimiento.

Así tenemos que el Art. 1804 no limita a decir que las disposiciones testamentarias en que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todos sus paros, y que si el vicio afecta la calificación del acto, será nulo el testamento, por lo que se advierte que dicha disposición legal es en extremo general por ser dada la naturaleza unilateral de las declaraciones de última voluntad, no se les pueda aplicar la misma regulación de los vicios del consentimiento en materia contractual.

En materia de declaraciones de última voluntad, la limpieza voluntiva del testador debe ser más perfecta que en los demás actos jurídicos, por lo que las regulaciones legales relativas a los vicios del consentimiento contenidas en el Libro Cuarto del Código Civil se aplican en materia testamentaria a veces con mayor exactitud y a veces en forma más restringida. Pero como no existe una regulación específica sobre la materia a que me estoy refiriendo, queda a criterio del juzgador dar la amplitud que en su criterio crea apropiada a las disposiciones legales relativas a los vicios de la voluntad cuando se le plantea un caso de nulidad del testamento.

b) Nuestra legislación está precedida de un rígido formalismo en materia de testamentos riguroso que muchas veces acarrea la nulidad del acto testamentario, pero que especialmente dificulta a las personas disponer de sus bienes para después de su muerte.

c) La falta de un verdadero registro de declaraciones de última voluntad origina problemas, pues una vez se trata de hacer valer testamentos ya revocados y otros se presentan personas aceptando herencia como herederos ab intestato no obstante que el de-cujus otorgó testamento.

Para solucionar las deficiencias señaladas, me permito hacer las siguientes recomendaciones:

RECOMENDACIONES:

Primera: Se regula de manera específica los vicios del consentimiento en materia de declaraciones de última voluntad, ya que se debe cesar que existan las normas pertinentes respecto de cada uno de los vicios que afectan el consentimiento del testador, así como también la proyección de cada uno de los vicios sobre las disposiciones testamentarias en particular de ser tal el acto testamentario .-

Segunda: Para mitigar el rigorismo impuesto por nuestra legislación a las formas testamentarias, no propongo la supresión de solemnidades ya tabuladas para cada una de las formas existentes, sino que más bien se adoptan otras formas con solemnidades más sencillas que faciliten el otorgamiento del testamento y que hagan más accesible a todos los estratos sociales de nuestro país el uso del testamento.

Pienso que una de las formas testamentarias que podrían adoptarse es el testamento ológrafo, y para evitar las críticas que se hacen a esa forma deberá establecerse una regulación estricta para su adversación. Las críticas que se hacen a este testamento no han logrado su supresión en las diversas legislaciones que lo admiten, por el contrario hay una fuerte tendencia a incorporarlo en sus legislaciones de parte de aquellos países que no lo contemplan.

Terceras se hace necesario la ampliación del Registro de declaraciones de última voluntad, pues el que existe en la actualidad es muy deficiente.

El Art. 47 de la Ley de Notariado establece que la Corte Suprema de Justicia llevará un archivo especial de testimonios de testamentos y un libro índice por orden alfabético, según el nombre del testador. Por lo que puede apreciarse que no comprende dicho registro todas las declaraciones de última voluntad, ni establece anotaciones marginales en los testamentos cuando existen testamentos posteriores.

Para que el registro de declaraciones de última voluntad cumpla a cabalidad su cometido, en él deben tomarse razón de las siguientes declaraciones de última voluntad de los testamentos abiertos; de la autorización del acto de las quintas y del acto del protocolo en los testamentos cerrados; de las revocaciones de los testamentos de las donaciones mortis causa, de todo testamento otorgado ante agente consular selvedorano o Jefe de Misión Diplomática permanente que tenga acreditado nuestro país en el extranjero; y de las ejecutorias que afectan la capacidad de las personas para otorgar testamento y las que declaran nula cualquier declaración de última voluntad.

Como tal registro no puede ser completamente público sólo deberá darse información a expedirse certificación de lo que en él consta cuando ya ha fallecido la persona o cuando se piden los datos, o cuando lo solicite un funcionario judicial a un visto de dicha persona solo cuando ella lo solicite.

Es corriente que al fallecer una persona, no obstante que otorgó testamento, se presentan personas aceptando su herencia como herederos ab-intestado; otras veces se trata de hacer valer testamentos revocados. En tales situaciones los herederos testamentarios se ven en dificultades para hacer valer sus derechos si aquellos que aceptaron la herencia ya sea como herederos ab-intestado o como herederos testamentarios con base a un testamento que se revocó, ya han sido declarados herederos, puesto que tienen que hacer uso de la acción de nulidad de herencia.

Para evitar tales inconvenientes debería solicitarse a los que se presentan a aceptar herencia que adjuntaran certificación expedida por la Corte Suprema de Justicia relativa a si el causante otorgó o no testamento, o establecer como obligación del Juez que conoce de las diligencias que prevén a resolver sobre la solicitud presentada solicitar informe a la Corte sobre el mismo punto. De existir un verdadero registro de declaraciones de última voluntad tales informes no acercarían ningún problema para la Corte Suprema de Justicia pues el Jefe de dicho Registro sería quien expida dichos informes o certificaciones.-

BIBLIOGRAFIA

LUIS CLARO SOLAR — Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.

MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA — Derecho Sucesorio.

RAMON MEZA BARROS — Manual de la Sucesión por causa de Muerte y donaciones entre Vivos.

ANDRES BELLO — Obras Completas.

ARTURO VALENCIA CEA. — Derecho Civil.

SANTIAGO C. FASSI — Tratado de los Testamentos.

JOSE ARIAS — Derecho Sucesorio.

EDUARDO PRAYONES — Nociones de Derecho Civil (Derecho de Sucesión).

GUILLERMO A. BORDA — Tratado de Derecho Civil Argentino.

CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE — Tratado de Derecho Civil Español.

FEDERICO PUIG PEÑA — Tratado de Derecho Civil Español.

FELIPE SANCHEZ ROMAN — Estudios de Derecho Civil.

MARIO ARMERO DELGADO — Testamentos y Particiones.

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO — Instituciones de Derecho Civil.

JUAN JORDAN BAREA — Interpretación del Testamento.

JULIUS BINDER — Derecho de Sucesiones.

MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT — Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.

AMBROSIO COLIN Y H. CAPITANT — Curso Elemental de Derecho Civil.

LAURENT — Principios de Derecho Civil.

HENRI, LEON Y JEAN MAZEAUD — Derecho Civil.

GEORGES RIPERT Y JEAN BOULANGER — Tratado de Derecho Civil (Según el Tratado de Planiol).

VITTORIO POLACCO — De las Sucesiones.

BIONDO BIONDI — Sucesión Testamentaria y Donación.

ANTONIO CICCU — El Testamento.

LUDOVICO BARASSI — Instituciones de Derecho Civil.

RAFAEL ROJINA VILLEGAS — Derecho Civil Mexicano.

ANTONIO DE IBARROLA — Cosas y Sucesiones.

FRANCISCO JORQUERA F. — Derecho Romano.

PEDRO BONFANTE — Instituciones de Derecho Romano.

EUGENE PETIT — Tratado Elemental de Derecho Romano.

JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO — Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

JOSE VICENTE Y CARAVANTES — Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento.

J. P. NIROYET — Principios de Derecho Internacional Privado.

JULIAN G. VERPLAETSE — Derecho Internacional Privado.

GUILLERMO CABANELAS — Diccionario de Derecho Usual.

JOAQUIN ESCRICHE — Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.

MANUEL RODRIGUEZ NAVARRO — Doctrina Civil del Tribunal Supremo.

BELARMINO SUAREZ — Código Civil de 1860.

ANGEL GOCHEZ CASTRO — Indices de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña.

REVISTA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA — Año II, N^o 4, Enero a Diciembre de 1953. (Contiene el índice de la Jurisprudencia Civil salvadoreña de los años 1933 a 1950).

Legislación:

CODIGO CIVIL ESPAÑOL, con notas y jurisprudencia.

CODIGO CIVIL ARGENTINO, con notas de Vélez Sarsfield.

CODIGO CIVIL MEJICANO.

CODIGO CIVIL FRANCES.

CODIGO CIVIL CHILENO.