

5

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS REQUISITOS
INTERNOS PARA LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO
PUBLICO EN EL SALVADOR.

TESIS

PRESENTADA POR

Horacio Enrique Magaña

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

346.054
M1886
1961
F.J.YCS
Ej: 4

072671

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

DOCTOR:

DOCTOR NAZARENO RODRIGUEZ RUIZ

SECRETARIO DE SALA:

DOCTOR ROBERTO LUIS CUELLAR VILLA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y
CIENCIAS SOCIALES.

DECANO:

DOCTOR ADOLFO OSCAR MIRANDA

SECRETARIO:

DOCTOR JOSE IGNACIO PANIGUA



TRIBUNALES QUE PRACTICARON LOS
SERVICIOS JUDICIALES:

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION
LABORAL:

PRESIDENTE: Dr. JULIO MARCELO FLORES
1er. VOCAL: Dr. FELICIANO AVELAR
2o. VOCAL: Dr. ULISES FLORES

MATERIAS CIVILES, FAMILIARES Y MERCANTILES:

PRESIDENTE: Dr. ARTURO EMILIANO CASTRILLO
1er. VOCAL: Dr. JOSE IGNACIO PARISSA
2o. VOCAL: Dr. JORGE ALBERTO BARRERA

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS:

PRESIDENTE: Dr. JOSE MARIA MONTEZ
1er. VOCAL: Dr. FRANCISCO ANTONIO GILGOS
2o. VOCAL: Dr. FRANCISCO ALFONSO LEIVA

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL DERECHO PUBLICO:

PRESIDENTE: Dr. FRANCISCO ANTONIO GILGOS
1er. VOCAL: Dr. HECTOR ENRIQUE JIMENEZ
2o. VOCAL: Dr. ROBERTO LITZELER.

DEDICO ESTE TRABAJO:

- A mis padres: Dr. Enrique Magaña Menéndez, y
Dña. Graziela Cornejo de Magaña M.
- A mi esposa: Sara Della Torre de Magaña
- A mis hijos: Gustavo Enrique y
Francisco José
- A mis hermanas: Mina, Haydée y Silvia
- A mi abuela: Dña. Rafaela v. de Cornejo
- A mis demás parientes,
a mis maestros, y
a mis amigos.

"BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS REQUISITOS INTERNOS

PARA LA VALIDAZ DEL TESTAMENTO PUERTO EN EL SALVADOR".



INTRODUCCION

Después de habernos brindado la oportunidad de poderemos constituir en ciudadanos útiles a la patria y a la sociedad, mediante la obtención de un título académico, justo es que la Universidad nos lo exija, y nosotros gustosamente cumplámos con la obligación de presentar un trabajo de carácter científico, que aunque modesto y de poco valor, dados los incipientes conocimientos que de la Ciencia del Derecho tenemos, lleva imbibido nuestro eterno agradecimiento para con nuestra alma mater.

La diversidad de puntos que se nos presentan en esta ciencia tan amplia, entre los cuales podríamos desarrollar nuestro trabajo, constituye de por sí un problema muy difícil, ya que cualquiera que se recoja resulta de enorme interés.

Tomando en cuenta la importancia que en la vida de una persona tiene la cuestión sucesoral, tanto en sus aspectos jurídico, económico o social, y especialmente si ésta se origina en el otorgamiento de un testamento público, ya que para que valga como tal, es necesario que se cumpla con una serie de requisitos determinados previamente por la ley, es que decidimos hacer nuestro trabajo sobre los requisitos internos de validez del testamento público en El Salvador, -- considerándolos brevemente, y precedidos de algunas generalidades sobre los criterios del testamento, y sobre el testamento en nuestra legislación.

TITULO PRIMERO

ARTICULOS HISTORICOS

CAPITULO PRIMERO

ORIGEN DE LA LEGISLACION

Desde el momento en que se reconoció que la propiedad privada era de derecho natural, ya no fué posible discutir sobre el derecho que le asistía al propietario, de transmitir sus bienes a sus parientes, fueran estos llamados por el causante, en virtud de un testamento, o por la ley, al no hacerlo aquel en la forma indicada, creándose entonces la sucesión intestada, que en realidad no es otra cosa que el llamamiento de herederos hechos por la ley, - consideramos precisamente que esa ha sido la voluntad del difunto, o sea que constituye una presunción de testamento en quienes se abstienen de testar.

El testamento en sí, no es otra cosa que una manera de ejercitar el derecho de propiedad para que sus disposiciones se cumplan después de la muerte del testador, especialmente en lo que respecta a la transmisión de su patrimonio, que comprende tanto su activo, es decir sus bienes y derechos transmisibles, como su pasivo, o sean las deudas y obligaciones que contrajo en vida.

La forma más antigua de testar fue la ver---

bal, que al igual que en las legislaciones modernas que aún lo regulan, no tenía otro requisito que el de otorgarse ante testigos, cuya misión era aprobar las menciones y declaraciones hechas por el testador, además de ser medio probatorio; de aquí el origen que unos atribuyen a la palabra testamento, al considerar que se deriva de las voces latinas -testibus mentio- es decir mención de los testigos. Otros han considerado que el origen del vocablo viene de las voces latinas -testatio mentis- es decir testimonio de la mente, o en otras palabras declaración de la voluntad.

De todas maneras cualquiera que sea el origen que se le atribuya a dicho término, su significado siempre resulta adecuado para expresar lo que es el testamento en la actualidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano, fuente general del derecho contemporáneo, es donde encontramos los principios fundamentales que regulan la institución del testamento en la actualidad, desde luego que su finalidad en principio es la misma: transmitir el testador su patrimonio, activo y pasivo, a quienes considere conveniente que sean sus herederos o continuadores de su persona, con el objeto de que puedan hacer efectivos los créditos que tengan a su favor, o cancelar las deu-

de las cargas más desagradables para el heredero, tal vez la más.

Debido a estas circunstancias es que los romanos consideraban muy importante el dejar una sucesión testamentaria, porque así aseguraban su continuidad, asegurando el mantenimiento de sus Sacra Privata, y demostrando con su provisión un deseo muy grande de conservar inalterablemente intacto su hogar.

Lo que si no era posible es que se heredara una persona dejando parte testada y parte intestada o heredando, que en una misma sucesión se produjera un heredero testamentario y otro abintestato, en cualquier forma que fuese, para el o para quedase desplazado por el solo hecho de presentarse el primero, de tal manera que la sucesión abintestato solamente ocurría si no había sucesión testamentaria.

La renuncia de un heredero debía hacerse en un acto llamado testamento, cuya forma varió según las épocas porque atravesó Roma. Así se encuentra que originalmente el Derecho Civil antiguo permitió testar: o "Calatis Coeptis" o sea en tiempo de paz y se hacía delante de los comices, por curias convocadas al efecto, o "in praesentia" o sea en tiempo de guerra, ante el "pater" y bajo las armas; luego se "testari" al testamento "per aes et libram" que consistía en que el pater familias que no había podido testar en las épocas anteriores, consideraba que ya no le sería posible hacerlo, por estar próximo su fin,

manejaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente la ejecución de las liberalidades a favor de otras personas; esta forma sufrió algunas modificaciones. Posteriormente se admitió el testamento "nuncupativo" en virtud del cual el testador declaraba en alta voz el nombre de su heredero y sus demás disposiciones, ante siete testigos.

El Derecho Pretoriano permitió después testar en la forma llamada "consensus possessionis secundum tabulas", que consistía en escribir sus declaraciones sobre tablillas que se fan llevar al sello de siete testigos, y si usa en el mismo sello debían poner su nombre al pie de cada una.

Finalmente el Derecho del bajo Imperio simplificó las formas anteriores de testar, regulando la llamada "tripartitum", porque reunía reglas del Derecho Civil, del Derecho Pretoriano y de las Constituciones Imperiales; consistía en que el testador presentaba su testamento escrito anteriormente, ante siete testigos, de donde cada uno de ellos, lo mismo que el testador ponía su "subscriptio", es decir, su nombre y el hecho que realizaba, al pie del testamento, si el testador quería guardar en secreto sus disposiciones, solo permitía que los testigos pusieran su sello. De todas maneras todo esto debía verificarse en un solo acto, esta característica y la de hacerse ante testigos la tomaba del Derecho Civil, el número de ellos y los sellos, del Derecho Pretoriano; y la subscriptio de las Constituciones.

En la época del Imperio, Julio César concedió a sus soldados en premio de sus victorias, entre otros privilegios, el de otorgar "testamento militar", consistente en que el soldado le comunicaba su última voluntad a un compañero de armas y era escrito en su escudo con su sangre o en la arena con la punta de su espada. La duración del privilegio para otorgar estos testamentos era limitada al tiempo de su servicio, primero, y después únicamente al tiempo en que estaba en campaña, y su vigencia era cada una que de un año contada desde que concluía aquella.

Para que el testamento llegara a cabalidad su contenido, era necesario considerar la concurrencia de tres requisitos esenciales:

a) la capacidad del testador, b) la institución de heredero; y c) la desheredación.

CAUSAS DEL TESTAR

Para que el testamento fuera válido se requería que el testador tuviera el derecho de testar o "testamentum factio", o sea el "commercium mortis causa", y además, que no estuviera incapacitado para testar, por lo que es conveniente determinar cada una de tales situaciones.

10.) En Roma, el derecho de testar era solo de derecho natural, puesto que tocaba puntos que iban más allá del interés privado, llegando a interferir también a la sociedad y a la religión, por lo que fué considerado como *de iure publico*, de tal manera que

para ejercicio era indispensable tener una concepción especial del Derecho Civil, y ésta, dado el rigorismo anterior de aplicación del Derecho Romano, fue otorgada exclusivamente a los ciudadanos romanos "sui juris".

No gozaban de este derecho: a) los peregrinos, quienes solo podían testar conforme al Derecho de su ciudad; b) los latinos juniones, quienes a pesar de poseer el "ius commercium", estaban excluidos de la testamenti-factio; c) las mujeres agnatas, mientras permanecieran en su familia civil, pero si operaba la ruptura del ius agnación, podían testar con la autorización del tutor; d) los hijos de familia que no tenían patrimonio, pero al poseer un peculio castrense las ley permitía gradualmente hacerlo, primero a los hijos de familia que eran militares, y después, aún no sé cuándo ya.

2o.) El otro requisito necesario para otorgar un testamento válido era, no estar imposibilitado para testar, es decir, estar en ejercicio de ese derecho al momento de verbalizarlo, si después se perdía ese ejercicio, el testamento no perdía su validez, pero si sucedía tal cosa si se perdía la testamenti-factio.

No tenían tal ejercicio: a) los "impubescentes sui juris", por carecer de suficiente juicio para un acto de tanta importancia, pero su jefe de familia o su tutor sí podían testar por ellos cuando estaban

bajo su autoridad o guarda, b) tampoco lo tenían los prójimos interdictos, por haber perdido el "jus commercium"; c) ni los locos, si no lo hacían en un intervalo lúcido; d) ni por último, los sordos y los mudos que no pudieran darse a entender de una manera absoluta.

INSTITUCIÓN DEL HEREDERO:

Parte esencial del testamento lo constituía la institución de un heredero, de tal manera que si ésta era nula, lo era también aquel.

En un principio la designación del heredero debía hacerse en términos solenes, o. forma in, pative y colocada a la cabeza del testamento, acarriando nulidad su violación, posteriormente disminuyó este rigorismo, eliminando inclusive el uso de frases sacramentales, siempre que la designación fuese clara y precisa.

Era necesario, además que el heredero tuviera capacidad para ser instituido tal, es decir, que debía tener la "testamenti factio" con el testador, y que no tuviera alguna de las incapacidades especiales; por ejemplo la de las mujeres, ante la sucesión de un ciudadano de primera clase, se consideraban como tales a las que poseían un capital mayor de cien mil ases; el fundamento de esta incapacidad era evitar la riqueza excesiva de las mujeres. Otra era la de las personas inciertas, porque no podían apreciar las calidades de quien era instituido heredero. Entre o-

llas estaban considerados los póstumos, llamados así, los nacidos después de la confección del testamento. Este acarriaba graves dificultades al testador porque no siendo posible instituirlos herederos de antemano, ni desheredarlos, al nacer el hijo, el testamento quedaba roto.

El Derecho Civil permitió posteriormente poder verificarlo, con el objeto de evitar tan grave problema.

También se consideraron en un principio como personas libertas a las personas morales, aunque después se excluyeron los municipios y ciertos colegios de sacerdotes consagrados al culto de sus dioses.

Indispensable era también que la capacidad de la persona instituida heredera se manifestara en estas épocas de rentes; en el momento de confeccionarse el testamento, en el momento de la apertura de la sucesión, y en el momento en que el heredero aceptaba o repudiaba la sucesión. La "capacitas hereditaria" no perjudicaba al heredero si se recuperaba antes de la declaración, es decir, antes de la institución hecha a su favor.

La DESHEREDACION:

El testador impuso una obligación más al testador; la de aceptar concretamente sobre si instituir o no como heredero a un hijo que estaba bajo su autoridad, a riesgo de perder la validez su testamento si no lo hacía. El origen de esta obligación esta-

ba en que teniendo el padre derecho de vida o muerte sobre un hijo, con mejor razón tenía derecho para no llamarlo como heredero suyo; ante tal situación, los juriscónsultos sacaron una reforma favorable al hijo, al considerar que la suma contribuida éste a acrecentar el capital del padre, quedaban investidos, por tal circunstancia, de un derecho latente de copropiedad sobre esos bienes y entonces a la muerte del padre debían recogerlos, ya que también eran suyos, teniendo derecho a la sucesión como "heredes sui"; de tal forma que el jefe de familia tenía dos caminos: o confirmar esta situación instituyéndolos herederos, o quitarlos expresamente con calidad de desheredación; de no haberlo así, el testamento era nulo.

Durante el Imperio del Derecho Civil, si el padre de familia tenía herederos sobre la forma que quedaba un hijo varón, el testamento era nulo absoluto y por ningún motivo podía ser convalidado, entonces la sucesión se hacía abintestato, pudiendo concurrir a ella inclusive las personas a quienes había desheredado. En cambio la omisión de una hija o de un pariente más lejano, de cualquier sexo, no acarriaba la nulidad del testamento, y se reparaba considerando al omitido entre los instituidos en testamento, que tales personas gozaban del "jus accrescentis".

El Derecho Prtoriano impuso al testador la obligación de hacer su manifestación no solo a favor

o en contra de sus herederos presuntos, sino también de todos sus descendientes que no habían sufrido una "capitis diminutio mínima" y que no formaban parte de otra familia. Eliminó también la diferencia entre la omisión de un hijo o una hija, considerándoles la parte que les hubiera correspondido en la sucesión testada.

Finalmente Justiniano introdujo algunas reformas más prácticas a las reglas de la desheredación: - los herederos instituidos o adheredados debían serlo nominativamente, suprimió el "jus adherendi", por lo que cualquier omisión acarriaba la nulidad ab initio del testamento.

Estas reglas no comprendían a los soldados, quienes si omitían a un heredero suyo en su testamento, tal cosa equivalía a una desheredación.

TITULO SEGUNDO

EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACION DEL 1887.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO DEL TESTAMENTO.

El art. 996 del Código Civil vigente nos da un concepto de lo que debe entenderse por testamento así:

"Art. 996.- Es llama testamento la declaración que, con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad, especialmente en lo que respecta a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de su muerte."

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

Lo primero que se deduce de este artículo es que el testamento no es un contrato, puesto que no hay acuerdo de voluntades, es la declaración de la última voluntad de una persona, para que tenga pleno efecto después de su muerte; y dice, "especialmente en lo que respecta a la transmisión de sus bienes", porque el testador puede hacer también otras declaraciones que no se refieren a bienes, tales como, también, puede hacer solo declaraciones de voluntad que no impliquen un absoluto transmisión de sus bienes, como, por ejemplo un reconocimiento de hijo natural, un nombramiento de guardador,

la constitución de un derecho real de usufructo, de uso o de habitación etc.

Por reformas introducidas en 1902 se estableció la libertad de testar, este principio está contenido además en el art. 173 de la Constitución política vigente, pero vamos hasta donde puede realmente el testador disponer libremente de sus bienes, en favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar, si a continuación sigue diciendo el artículo que, "sin perjuicio de las reducciones a que se haya sujeto su patrimonio con arreglo a la ley." Tales reducciones son las que enumera el art. 960 C. que dice:

art. 960 C. En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

1o.- Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiera, y las demás anexas a la apertura de la sucesión;

2o.- Las deudas hereditarias;

3o.- Los impuestos fiscales que gravaran toda la masa hereditaria;

4o.- Las asignaciones alimenticias forzosas;

El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley.

Las deducciones de que habla este artículo preferirán unas a otras por el orden de su numeración.

Las deducciones contempladas en el No. 1o. del art. 960, no están a ninguna discusión, desde luego que constituyen gastos ineludibles para que los bienes del causante lleguen a manos del heredero.

Entre los "demás anexos a la apertura de la sucesión", han de comprenderse los honorarios del abogado, los de los peritos, etc.

Después de esos gastos sigue, lógicamente, el pago de las deudas hereditarias, comprendidas en el No. 2 del art. 960, esto es, el pago de las deudas que contrajo en vida el decaído, y pasan como parte del patrimonio que se transmite, por lo tanto, propiamente no constituyen deducción.

La deducción expresada en el No. 3 del art. 960, es a decir, "los impuestos fiscales que gravan toda la sucesión hereditaria", se refiere a aquellos impuestos que, a la muerte del testador, quedaron pendientes de pago, como el de renta, el de sucesión, etc. En realidad, éstas son también deudas hereditarias que se tenían con el Estado, y tampoco constituyen deducción.

Por último, en el No. 4 del art. 960 se consideran como deducciones las asignaciones alimenticias, propiamente llamadas forzosas, desde luego que nuestra legislación las regula en el artículo 1141 sin calificadas de forzosas, en razón de que son obligaciones

nes del testador que se transmiten a sus herederos, con base en lo prescrito en los arts. 952 y 1078 C. que tratan de la transmisibilidad de las obligaciones a los herederos como continuadores de la persona del decauyus.

Queda solamente el pago de los impuestos sucesorales regidos por la Ley de Gravamen de las Sucesiones, - los que sí son verdaderas deducciones a la masa hereditaria, y que unidos al pago de las anteriores obligaciones, constituyen las deducciones generales a que se refiere el inciso 2o. del art. 996 que se comenta. El resto que queda es el acervo líquido del cual dispone libremente el testador, o la ley en las sucesiones intestadas, de acuerdo con lo prescrito por el Art. 173 de nuestra Constitución Política cuando dice "Habrá libre testamentifación."

CAPITULO SEGUNDO

CLASES DE TESTAMENTO

Es en el artículo 1005 C. donde encontramos las clases de testamento que reglamenta nuestra legislación, otras que son de uso corriente en algunos países las enunciaremos al final. Dice así:

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.

dados, 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.

La clasificación fundamental que de los testamentos hace nuestra ley, estriba en las solemnidades que se han observado para su otorgamiento, dividiéndolos en solemnes y menos solemnes.

De la redacción de la ley apareciera como que indistintamente, es decir, a discreción del causante, pudiera testarse en una u otra forma, pero en realidad no es así, ya que la regla general es que se otorgue testamento solemne, y sólo es en casos expresamente determinados por la ley que se faculta el otorgamiento del menos solemne. Este último se llama así, porque dadas las circunstancias en que se permite su otorgamiento, se sujeta a solemnidades menos estrictas, siendo esta la razón por la cual su vida es limitada, y solamente en el caso de que el testador fallezca antes de que transcurran noventa días del cese de la si-

función que propició su otorgamiento, valdrá definitivamente.

Nuestro legislador establece como testamentos de personas solteras o privilegiadas:

a) El militar, que es el otorgado en tiempo de guerra por los militares o por los demás individuos de un cuerpo de tropas de la República, o por los voluntarios, rindes, prisioneros, acompañantes o exiliados del mismo cuerpo, ante los jefes o personas que la ley así lo manda, y

b) El marítimo, que es el otorgado a bordo de un buque de guerra o mercante saliendo a la alta mar, ante uno de los jefes de la embarcación determinado por la ley.

El testamento soltero, sea público o cerrado, deberá ser otorgado por escrito, ante competente cartulario, pudiendo hacer sus testamentos en la instancia del lugar del otorgamiento, y en defecto de tal caso ante el Jefe de Paz, y respecto este funcionario sólo podrá otorgarse ante público; también deberá serlo ante tres, cinco o siete testigos hábiles, según el caso; a diferencia con el testamento privilegiado, el soltero no puede por ningún motivo que sea no ser la propia voluntad del testador con respecto a otro testamento posterior.

El testamento a él etc, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace saber de sus disposiciones a las personas que según la ley deben

presenciarlo, esas personas necesariamente tienen que ser el funcionario ante quien se otorga, y los testigos presenciales del acto y como la única forma hábil de testar es por escrito, se harán saber sus disposiciones a ellos leyéndose el testamento en alta voz e presencia de todos.

El testamento cerrado o secreto, llamado místico en algunas legislaciones, es aquel en que no es necesario que las personas que deben presenciarlo tengan conocimiento de las disposiciones del testador, luego lo escribe privadamente, lo mete en un sobre sellado y manifiesto ante las personas presenciales que allí testó su testamento, este se asentará en el sobre juntamente con las demás exigencias legales, y todos firmarán.

Hay algunas clases de testamento que nuestra legislación no reglamenta, y que por lo tanto no tienen ninguna fuerza en nuestro medio, entre ellos tenemos: el testamento alógrafos o sea aquel que es escrito totalmente, fechado y firmado por el propio testador, sin ningún otro requisito. Esta clase de testamento tuvo origen en el Derecho Romano, actualmente está reglamentado en algunas legislaciones modernas como la francesa y la argentina, entre otras. Su mayor ventaja estriba en la facilidad que se proporciona al causante para hacer su testamento y mantenerlo en secreto, su mayor inconveniente es que, como no se otorga ante ninguna otra persona, con mucha facilidad podría falsificarse; además está el peligro de la captación de voluntad; está consi-

derado entre los testamentos solenes.

Otra clase de testamento contemplado en otras legislaciones y no en la nuestra, es el verbal. Aunque lo estuvo durante la época comprendida entre el 4 de agosto de 1802, fecha en que se dictó, y el 29 de abril de 1819, fecha en que se suprimió el artículo, es una clase de testamento privilegiado y se considera tal el otorgado por una persona en caso de inminente peligro para su vida, ante cierto número de testigos, y haciendo de vez en vez sus declaraciones y disposiciones. En la actualidad la legislación francesa lo prohíbe expresamente, lo misma que la legislación chilena.

Las legislaciones argentina y francesa reconocen otras clases de testamentos privilegiados para casos de enfermedades contagiosas o de epidemias, en que no es posible encontrar escribano o notario ante quien otorgarlo, para en tal caso un testamento escrito.

CAPÍTULO TERCERO

CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL TESTAMENTO

Siendo el testamento un acto de declaración de voluntad, contiene características especiales que lo distinguen de los demás actos del hombre ellas son: a) es un acto jurídico, b) es un acto de una sola persona y estrictamente personal, c) es un acto mortis causa, d) es un acto solene, e) es un acto irrevocablemente, f) es un acto que si no reglas propias que fijan sus requisitos internos y externos y la validez de sus

disposiciones.

ES EL ACTO JURÍDICO: aunque el Art. 996 no lo dice expresamente, como lo hacen los Códigos de Chile y Argentina en sus artículos correspondientes, lo dice el art. 1000: "El testamento es un acto de una sola persona."

Los hechos que en el mundo se generan tienen su origen en la naturaleza o en la acción del hombre y pueden o no producir consecuencias jurídicas, si las producen, se llaman hechos jurídicos. Si estos hechos jurídicos son realizados voluntariamente por el hombre, con la intención de producir efectos jurídicos, se denominan actos jurídicos y pueden ser unilaterales o bilaterales, según que para su formación necesiten de la manifestación o voluntad de una sola parte o de dos o más partes, sucesiva o conjunta, y no de personas, porque en cada parte perfectamente pueden concurrir una o más personas.

El testamento es el ejemplo típico del acto jurídico unilateral, ya que su existencia depende exclusivamente de la voluntad del testador.

ES EL ACTO DE UNA SOLA PERSONA Y UNILATERAL: lo primero de lo que se ha expuesto anteriormente, es el que el testamento no puede ser prohibido al testador por los otros miembros de la familia, así lo dice el art. 1000.

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 sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona.

Todos los demás actos jurídicos aún los unilaterales, admiten la participación de varias personas para hacer una misma declaración de voluntad, por ejemplo un nombramiento de guardador, pueden hacerle ambos padres conjuntamente, pero para otorgar un testamento, no podrá hacer declaración de voluntad más que el propio otorgante, por eso se dice que es un acto personalísimo. Sin embargo hay legislaciones como la Alemana, -- que permiten y regulan sin ninguna limitación especial, el otorgamiento de testamento común o mancomunado verificado por los cónyuges. Anteriormente existían lo que se llamaba testamentos de hermandad, o sean los -- conjuntos y los mutuos: los primeros eran aquellos en que dos personas disponían simultáneamente en favor de un tercero; y los segundos aquellos en que disponían recíprocamente uno en favor de otro.

Para evitar que se pueda evadir esta prohibición legal, mediante el otorgamiento de un testamento en que se dejase parte de sus bienes a favor de una persona, a condición de que ésta también le deje por testamento parte de los suyos, el legislador prohíbe expresamente las disposiciones captatorias, lo dice el art. -- 1042 C.

Art. 1042. Las disposiciones captatorias no valdrán. Se entenderán por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos.

A este respecto está en rígia nuestra legislación, que declara que hay objeto ilícito en toda contratación relativa al derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, aún con su consentimiento. Así -- lo establece el art. 1334 C. que dice:

Art. 1334. El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aún cuando intervenga el consentimiento de la misma persona; siendo, en consecuencia, nula cualquiera estipulación que se celebre sobre el particular.

Que el testamento es un acto estrictamente personal significa que para su otorgamiento necesaria e indispensablemente tiene que concurrir el testador en persona, lo que constituye una excepción a la teoría general de la representación, en virtud de la cual, en la vida jurídica todos los actos que puede verificar una persona por sí, los puede hacer por medio de otra u otras que la representen. Tal característica se expresa en el art. 1001 C. que dice:

Art. 1001. La facultad de testar es in-
delegable. Así, no puede conferirse po-
der para testar.

Y es confirmada por el artículo 270 C. que dice:

Art. 270. El hijo de familia no necesita
de la autorización paterna, para dispo-
ner de sus bienes por acto testamentario
que haya de tener efecto después de su -
muerte.

Es decir, que con estas disposiciones legales -
fueron derogadas las sustituciones pupilar y ejemplar, y
como consecuencia, las facultades que antes tenían los -
padres de familia y los tutores de testar en nombre de -
sus hijos o pupilos impúberes.

Así mismo, en nuestra legislación ya no se reco-
noce el testamento por comisario que consistía, paradójica-
mente, en encomendar a otro, con poderes especiales, ha-
cer la declaración de última voluntad propia.

ES UN ACTO MORTIS CAUSA: Esta característica se
desprende de la parte final del inciso primero del art.
996, que dice: "Para que tenga pleno efecto después de
sus días". Tratándose de que el testamento es la decla-
ración de la última voluntad de una persona, lógico es -
considerar que no podrá cumplir su cometido sino hasta -
que fallezca el otorgante, es decir que, da origen a una
de las formas del título adquisitivo de dominio, llamado
sucesión por causa de muerte, la otra es la sucesión abin-
testado, y cuya tradición se verifica por ministerio de

ley a los herederos, en el momento en que la herencia es aceptada, Art. 669 C.; luego, requisito indispensable para que esto ocurra es que el causante muera y es hasta entonces cuando el testamento surtirá su pleno efecto.

Es necesario fijarse que la disposición legal dice: "para que tenga pleno efecto después de sus días", y el término -pleno- da a entender que el testamento podrá surtir algunos efectos aun antes de que concluyan -- los días de quien lo otorga, como sucede por ejemplo en el caso de que se reconozca como hijo natural a una persona por medio de testamento público, desde el mismo momento se producirán efectos jurídicos, ya que aunque -- el testamento sea revocado, por tratarse de una declaración testamentaria y no de una disposición, ese reconocimiento no perderá su fuerza legal, así lo dice el Art. 998 inc. 3o. Lo mismo sucede en el caso de que se verifique una donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, o en el caso de que se verifique la donación revocable de todos los bienes o de una cuota -- de ellos y se haga entrega de ellos al donatario, en estos casos la donación revocable, que equivale a un testamento, da nacimiento a un derecho de usufructo, que es -- adquirido por la persona a quien se hace la donación revocable.

ES UN ACTO SOLEMNE: Cuando hablamos de las clases de testamento, vimos que éste puede ser solemne o menos solemne, y que aún en el segundo caso, el testador,

para otorgar un testamento válido, se deberá sujetar siempre a determinadas solemnidades, es decir, que el testamento por exigir solemnidades de carácter objetivo, establecidas en atención al acto en sí mismo, es siempre un acto solemne, aunque éstas, según se trate de un testamento más o menos solemnes sean más o menos estrictas en su cumplimiento.

El fundamento de que el legislador exija que la voluntad del testador se manifieste siempre de una manera solemne, es dual: primero por razones de prueba, para que fehacientemente quede constancia de cuál fué la voluntad del testador; y segundo por la importancia que en la vida jurídica del individuo tiene el testamento, ya que, dando origen a la sucesión por causa de muerte como título adquisitivo de dominio, hace que la voluntad se exprese en forma clara y terminante, evitando que sea imposible o a lo menos difícil de cumplirse.

ES UN ACTO ESENCIALMENTE REVOCABLE: la revocabilidad del testamento es de orden público, es una característica esencial en él, que no puede renunciarse bajo ningún concepto, por sacramentales y terminantes que sean los términos con que se pretenda evitarlo; su razón fundamental es, que siendo el testamento la declaración de la última voluntad del testador para que tenga pleno efecto después de sus días, bien puede este cambiarlo hasta el último momento de su vida, a su entera satisfacción; por esa razón se dice que la voluntad del testador es ambulatoria, mudable, caprichosa; al testar no se obliga.

Pero es necesario hacer constar que el testamento puede contener dos clases de declaraciones de voluntad: unas de carácter propiamente declarativo, y otras de carácter dispositivo; únicamente estas últimas son las que se pueden revocar, es decir, las que tratan sobre la distribución de los bienes, así lo dice la ley; en cambio sobre las primeras en ninguna parte se dice -- que puedan serlo, en consecuencia, un reconocimiento de hijo natural hecho por testamento, queda firme aunque --- después se revoque éste. Todo lo expuesto lo confirma el Art. 998 C. que dice:

Art. 998. 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 confirme con juramento.

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

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

Sobre el último inciso es necesario hacer notar que, por un error de la ley probablemente, dice, -reconog

cimiento de un hijo legítimo- cuando debería de decir- reconocimiento de un hijo ilegítimo para que se adquiera la calidad de hijo natural, esto en relación con los Arts. 279 C. y siguientes.

ES UN ACTO QUE TIENE REGLAS PROPIAS QUE FIJAN SUS REQUISITOS INTERNOS Y EXTERNOS Y LA VALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: Para que un testamento pueda surtir pleno efecto, es necesario que se cumpla con las reglas que fijan la necesaria existencia de estas --- tres clases de requisitos: requisitos internos, requisitos externos y requisitos para la validez de las disposiciones testamentarias; los cuales es necesario tener presentes al momento de su elaboración, para evitar que por infringirlos, la voluntad del testador no pueda cumplirse.

Los requisitos internos son los mismos en todas las clases de testamento, sean estos solemnes o menos solemnes; tales son la capacidad del testador y su voluntad exenta de vicios, su incumplimiento, por regla general, acarrea la nulidad del acto.

Los requisitos externos varían según la clase de testamento que se otorgue, aunque hay algunos que son iguales en todas; como la presencia de los testigos, o el tener que hacerse por escrito. Estos se refieren precisamente a las formalidades o solemnidades que hay que -- llenar para su otorgamiento y al igual que las anteriores, si no se cumplen, acarrean la nulidad del testamento.

Los requisitos para la validez de las disposi-

ciones testamentarias, dicen relación con cada una de ellas en particular, o sea, con cada cláusula del testamento, por lo que su infracción afecta, a diferencia de los dos requisitos anteriormente mencionados, sólo la validez de esa cláusula, acarreado en consecuencia, la nulidad de ella exclusivamente, en tanto que las otras disposiciones quedan perfectamente válidas, siempre cuando - luego, que se haya cumplido con los requisitos internos y externos.

De los requisitos externos ya se trató en una forma somera al desarrollar el testamento como acto solemne, por lo que basta remitirse a lo dicho allí; por lo demás, su desarrollo legal está en los Capítulos II, III, - IV del Tit. III del Libro III del Código Civil, y como - el principal punto a tratar en este trabajo, son los requisitos internos del testamento, antes de llegar a ello, haremos una ligera consideración con respecto a la validez de las disposiciones testamentarias.

Los requisitos que se deben reunir para que una persona pueda suceder a otra, por causa de muerte, deben considerarse tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo ha de considerarse que son las calidades y circunstancias que deben concurrir en las designaciones mismas para ser válidas.

Desde un punto de vista subjetivo, son las que concurren en el propio designatorio, quien para poder ser tal, debe reunir tres requisitos: a) debe ser capaz de suceder; b) debe ser digno de suceder; y c) debe ser persona

cierta y determinada.

En términos generales la capacidad se define como "La aptitud legal para adquirir derechos y ejercerlos"; y la indignidad como "La falta de mérito de una persona para poder ser heredera o legataria de un bien."

El art. 962 C. establece como regla general que: "Será capaz y digno de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna"; luego en los artículos del 963 C. al 973 C. inclusive, nuestro Código determina quienes serán incapaces o indignos para suceder a una persona.

Que la persona del indigenario debe ser cierta y determinada, ya sea natural, colectiva o jurídica, lo dice el artículo 1039 C. Inc. lo.º pero en los incisos siguientes de este mismo artículo, la ley establece algunas excepciones a esta regla, por lo que se conviene transcribirlo, dice:

Art. 1039. Toda asignación testamentaria deberá ser una persona cierta y determinada, natural, colectiva o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicación a dar en el testamento. De otra manera la asignación no tendrá por no ser válida.

Valdrán con todo las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque no se sujeta a determinación personal.

Las asignaciones que se hicieran a un

esta designación de beneficencia sin designarlo, se dará al establecimiento de beneficencia que el Poder Ejecutivo designe, prefiriendo alguno de los del departamento del testador.

Lo que se deja al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia, y se sujetará a la disposición del inciso anterior.

Lo que en general se dejare a los pobres, se aplicará a los hospitales de la manera que se dispone en el artículo 991, salvo que el testador haya asignado a los de un lugar donde no haya hospital. En este caso, el Poder Ejecutivo determinará el modo de hacer el reparto de los bienes que se hayan adjudicado a los pobres.

En el capítulo I del título IV y en el título V se desarrolla la ley con todas las especificaciones necesarias, los casos que se han presentado sobre la determinación y certidumbre del legatario.

TÍTULO CUERDO

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA CAPACIDAD

Los requisitos internos para la validez de un

testamento, como ya dijimos anteriormente, son dos: la capacidad del testador y su voluntad exenta de vicios.

En derecho la regla general es la capacidad y la incapacidad la excepción, así lo dicen: el art. 1317 resp. etc a los actos y declaraciones de voluntad, el art. 1599 resp. etc el contrato de compra venta; el art. 962 con respecto a la capacidad para suceder; faltando en principio una declaración similar con respecto a la capacidad de testar, para solventar expresamente el art. 1002 C. que no son hábiles para testar, pero aquí tiene cabida el aforismo jurídico que dice "donde existe la misma razón o no haber la misma disposición" y por lo tanto aunque la ley no lo haya dicho, debe entenderse que por regla general todas las personas son capaces para testar, salvo las excepciones legales.

Ya al fin que la capacidad jurídica consiste en "la aptitud legal de adquirir derechos y ejercitarlos"; puede ser de dos clases: capacidad de goce o adquisitiva y capacidad de ejercicio. Una persona puede tener capacidad de goce sin tener capacidad de ejercicio, porque esta última consiste en "la aptitud de ejercer o hacer valer un derecho por sí mismo sin el auxilio o autorización de otra persona" y quienes no la tienen son los que propiamente se consideran incapaces.

En el derecho contemporáneo, todas las personas tienen en principio, capacidad de goce, tal que si que por su edad, sexo o estado; privar a una persona del goce de los derechos civiles, sería considerarla como una cosa, es

así sucedía antiguamente cuando una persona caía en la
clividad, y posteriormente cuando se instituyó la ley
civil de las personas que abrazaban ciertas profesio-
nes, o de las que cometen algún hecho repugnante a la
sociedad. Por eso es que las incapacitadas no gozan que-
quiera de la ley son siempre, además de excepcionales,
especialmente para derechos civiles determinados, por
ejemplo las que se expresan en los artículos 964, 965 y
966 C., son únicamente para adquirir ciertos heredita-
rios.

Hay también algunos derechos que no se pue-
den adquirir ni otorgar si no se ha alcanzado determinada edad,
por ejemplo, los testamentos, es decir, la mujer que no
ha cumplido 12 años y el varón que no ha cumplido 14
años, no pueden testar; es necesario fijarse bien que
este es un caso de incapacidad de goce y no de ejerci-
cio, pues es bueno recordar que la capacidad de testar
es indivisible y el testamento un acto personalísimo,

Lo definitivo pues, la incapacidad de go-
ce es más bien una prohibición impuesta por la ley a
ciertas personas para que no puedan realizar determina-
dos actos jurídicos y su fundamento es de orden público,
por lo que su violación irremisiblemente acarrea su nul-
lidad absoluta.

Cuando en derecho se habla de incapacidad,
por lo general ha de entenderse que se trata de la de-
ejercicio, ya que la de goce se expresa por medio de
prohibiciones, como se verá d. v. r.

Toda persona por el solo hecho de serlo, tiene aptitud suficiente para adquirir derechos, vale decir, que tiene capacidad de goce; pero para que pueda ejercitarlos o hacerlos valer ante terceros, es necesario que además posea suficiente discernimiento, es decir el desarrollo completo de sus facultades mentales, para poder comprender los alcances que tendrán sus actos; por tal circunstancia, siendo la regla general que "todas las personas son legalmente capaces, excepto aquellas que la ley declara incapaces", las incapacidades son de derecho estricto, y para ser consideradas como tales, necesariamente tienen que haber sido expresadas por la ley.

Es el artículo 1002 C. el que determina quienes son las personas incapaces para testar, haciendo incapió a su vez sobre la regla general de capacidad para las personas que no se incluyen en la enumeración que en él se -- hace. Dice así el mencionado artículo.

Art. 1002. 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.

Lógico es preguntarse ahora si será lo mismo incapacidad, que es el término sobre el cual hemos tratado anteriormente, e inhabilidad, que es el término empleado por la ley, la contestación inmediata la encontramos en el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, en la página 355 del Tomo II, dice: "Incapaz quien carece de capacidad, aptitud, competencia o habilidad para hacer algo".

DE LA INCAPACIDAD DEL IMPUBER: sobre esto ya dijimos que es uno de los casos de incapacidad de goce contemplados por la ley y que mientras la mujer no ha -- cumplido doce años o el varón catorce, no adquieren el derecho de testar; el legislador presume que no tienen todavía el desarrollo mental suficiente para hacerlo. Consecuentemente el púber sí puede testar sin necesidad de la autorización de ninguna otra persona, sea del padre o madre, si es que está bajo patria potestad, o de su tutor si está bajo tutela. No se menciona al curador porque los casos de curatela son otros casos de incapacidad que se verán más adelante.

DE LA INCAPACIDAD DEL QUE SE HALLA BAJO INTERDICCION POR CAUSA DE DEMENCIA: El demente también es considerado inhábil para testar, siempre que por esa causa se encuentre bajo interdicción, es decir, que debe haber habido antes decreto judicial en que se declare el estado de demencia de esa persona y eso será suficiente para que cualquier testamento otorgado con posterioridad a ese decreto, y mientras no haya habido otro que lo rehabilite, sea declarado nulo.

Si el demente que no ha sido declarado tal testara, su testamento será válido mientras las personas que pretendían impugnarlo no prueban judicialmente que lo hizo en estado de demencia. Esto lo confirma el artículo 465 C. pero como causal de incapacidad no queda comprendido en el presente numeral, sino que en el siguiente.

Es conveniente determinar además, qué personas son esas a quienes la ley llama dementes y si el vocablo está bien empleado, porque según parece, ese término ya no resulta adecuado para nominar las enfermedades mentales en general, pues la psiquiatría moderna hace al efecto una serie de clasificaciones, según que ellas sean más o menos completas, temporales o permanentes, furiosas o pacíficas, innatas o adquiridas etc. analizar y determinar los fundamentos de cada clasificación no caben dentro de este trabajo.

Por otra parte el legislador no ha sido ni preciso ni uniforme en el uso de esta terminología, así por ejemplo en el art. 102 No. 2 C. habla de "pleno ejercicio de razón". El art. 152 C. habla de "..... locura o cualquier otra enfermedad crónica grave....." el art. 463 C., el Título XXII del Libro Primero del Código Civil, el art. 496 No. 3 C., el art. 1002 No. 2 C. y el 1007 No. 3 C. y el 1318 C. hablan de "demente... ..", "demencia..."; el art. 1002 No. 3 C. habla de ".... sano juicio.....", el 1007 No. 4 C. habla de ".....privados de razón....."; el Capítulo XX del Título VII o 1

Libro II del Código de Procedimientos Cíviles, habla "... loco o demente....." igual que el Código Penal en el No. 1 del art. 8. Por esta razón resulta difícil determinar en un caso dado, si el enfermo mental de que se trate, queda comprendido o no en cualquiera de esos términos citados, porque la medicina sí es precisa y categórica, por lo que es necesario que se haga una reforma al respecto, a fin de armonizar ambas ciencias y mantener los tecnicismos dentro de su propio significado.

El Derecho Alemán y el Francés entre otros, con una técnica jurídica más avanzada hacen una distinción entre las personas que adolecen de una perturbación total o permanente de su actividad mental, de aquellas que solo sufren una perturbación mental transitoria y de aquellas otras que adolecen de debilidad mental únicamente.

DE LA INCAPACIDAD DEL QUE ACTUALMENTE NO ESTUVIERE EN SU SANO JUICIO POR EBRIEDAD U OTRA CAUSA: También es incapaz para testar el que actualmente no estuviera en su sano juicio por ebriedad u otra causa. Este numeral comienza refiriéndose al que "actualmente", por lo que ha de deducirse que esa falta de sano juicio debe existir en el momento preciso de otorgarse el testamento ya que -- es entonces cuando se hace la declaración de voluntad. Aunque el funcionario ante quien se otorga el testamento deberá hacer constar que el testador se encuentra en su sano juicio, esto no constituye prueba suficiente de tal circunstancia, y los interesados en que se declare la invalidez del

testamento podrán presentar las pruebas necesarias para lograrlo, y que serán especialmente la de informes o certificaciones de los médicos que lo trataron o atendieron, es decir que se trataría de una prueba pericial, que podría acompañarse también de prueba por presunciones.

Luego continúa haciendo mención a que esa -- falta de sano juicio sea por "ebriedad u otra causa". El legislador consideró que la ebriedad es el estado que con más frecuencia y facilidad puede darse en una persona, para perturbar sus facultades mentales puesto que aún podría ser provocada por personas interesadas en obtener una disposición testamentaria favorable, por eso la mencionó especialmente, y parece que no andaba errado; no es necesario que el testador sea persona -- adicta a la bebida, basta con que al otorgar su testamento se haya encontrado en ese estado, aunque fuere la única vez en su vida.

Las "otras causas" pueden serlo cualquiera -- circunstancia que no le permita al testador expresar sus ideas de manera coherente, y en él han de comprenderse aquellos estados o enfermedades que le producen una perturbación de sus facultades mentales, suprimiendo en mayor o menor grado el discernimiento, y que por lo general son de carácter transitorio, aunque pueden producir efectos permanentes; tales como: a) las que provienen del sueño, sea originado éste por efecto de drogas enervantes, sonambulismo, barbitúricos, hipnotismo,

etc., b) las que provienen de estados febriles que son consecuencia de algunas enfermedades; c) las que provienen de estados provocados por un dolor físico o espiritual intenso, como serían los producidos por el cáncer o por un duelo o arrebató pasional; d) las que provienen del estado intelectual en que se encuentra un moribundo; y e) finalmente han de comprenderse aquí también a aquellas personas que adolecen de enajenación mental, demencia, para usar el término legal, que aún no han sido declaradas interdictas y por lo tanto no están comprendidas -- en el número anterior, siempre que llegue a probarse que al testar adoleciendo tal enfermedad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 465 C., que a la letra dice:

"Art. 465. Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o -- celebrado en un intervalo lúcido.

Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que -- el que los ejecutó o celebró estaba entonces -- demente."

DE LA INCAPACIDAD DE TODO EL QUE DE PALABRA O POR ESCRITO NO PUDIERE EXPRESAR SU VOLUNTAD CLARAMENTE:
Por último se considera que es inhábil para testar a toda persona que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente. Como vimos al tratar de las clases de testamento, cuando éste es abierto, sea solemne

o menos solenne, se caracteriza precisamente porque el testador debe hacer sabedoras de sus disposiciones a las personas que según la ley deben presenciarlo; y cuando es cerrado el testador debe presentar a las personas que por mandato legal deben presenciarlo, un escrito cerrado, declarando de viva voz para que ellos lo vean, oigan y entiendan, que allí se contiene su testamento; cuando el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz, solo podrá otorgar testamento cerrado, debiendo entonces escribir con su letra la palabra " Testamento " o su equivalente en el idioma que prefiera en el -- sobre que lo contenga. (artículos 1017 Inc. 1o. y 1018 C.)

De modo que, de conformidad a este numeral, no podrá testar de ninguna manera: el sordomudo que no pueda darse a entender por escrito, éste es incapaz de todo acto jurídico; respecto al totalmente sordo letrado, no hay problema, la ley nos dá la solución en el -- Art. 1012 inc. 4o. que dice "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."

El mudo letrado podrá otorgar testamento cerrado o abierto. Pero si el sordo o el mudo no pueden -- leer ni escribir no podrán otorgar su testamento cerrado.

El ciego no está comprendido entre las perso-

nas incapaces, desde luego que puede expresar claramente su voluntad por medio de la palabra, pero únicamente podrá otorgar testamento nuncupativo con formalidades especiales. (Art. 1014 C.)

El artículo 1002 concluye sentando la regla general de capacidad, al decir que las personas no comprendidas en la enumeración anterior son hábiles para testar.

La capacidad del testador deberá existir al momento preciso de testar, de tal manera que si una persona siendo hábil para testar, lo hace, aunque después le sobrevenga alguna causal de inhabilidad, su testamento será válido; y por el contrario, si una persona inhábil otorga un testamento, aunque después cese la causa de incapacidad, este testamento no tendrá ningún valor. Con dos ejemplos se comprenderán mejor los dos casos: - Primero: Si una persona totalmente sana otorga testamento, y después pierde la razón, éste mantendrá siempre su validez; Segundo: Una persona otorga testamento en estado de ebriedad y aunque no vuelva a embriagarse nunca mas en toda su vida, ese testamento no tendrá ningún valor.

Todo lo anterior lo confirma el Art. 1003 que dice:

Art. 1003. El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el Artículo precedente, es nulo, aunque pos

teriormente dejó de existir la causa.

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

Desde luego la nulidad que afecta a un testamento otorgado por alguna de las personas enumeradas en el Art. 1002, en relación con el 1003 Inc. 1o., es la nulidad absoluta, así lo prescribe el Inc. 2o. del Art. 1552 que dice: "Hay asimismo nulidad absoluta en los -- actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

CAPITULO SEGUNDO

DE LA VOLUNTAD EXENTA DE VICIOS

El otro requisito interno, necesario para la validez del testamento, es la manifestación de la voluntad del otorgante, exenta de vicios, es decir, que no adolezca de error, fuerza, o dolo; pero es necesario hacer notar desde ahora, que cuando concurre alguno de estos vicios, por lo general afecta solamente a la disposición que mediante él se obtiene, y solo cuando afecta directamente a la celebración del acto testamentario en sí, es cuando acarrea la nulidad de todo el testamento.

Los vicios de que puede adolecer la voluntad son desarrollados en el Código al tratar de los actos y declaraciones de voluntad y específicamente como vicios del consentimiento, pero siendo éste un acuerdo de

voluntades, las reglas que tratan de ellas han de aplicarse, tanto a los actos jurídicos bilaterales, como a los unilaterales, y en consecuencia a la declaración de la última voluntad de una persona, llamada testamento, por lo que lo dicho allí, tiene completa aplicación para este caso. El artículo 1004 G. dice:

Art. 1004. Las disposiciones testamentarias en que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulidad todas sus partes, y si el vicio afecta a la celebración del acto, anula todo el testamento.

La legislación chilena solamente consideró la fuerza como vicio que podría afectar la voluntad del testador, también que hiciera consideración a las apelaciones para determinar si el error y el dolo también podrían hacer nulo, pero el legislador chileno no subsanó ese problema, incluyendo los tres vicios de una vez en la disposición legal mencionada. Hay que analizar cada uno de ellos para determinar los elementos del artículo en cuestión.

ERROR: es el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; se como se define en Lógica "es la desconformidad del pensamiento con la realidad", y se dice que no debe confundirse con la ignorancia, pues éste es "el estado de una persona que desconoce un hecho real", si que está en error porque se le una cosa, el ignorante no la conoce, no tiene siquiera una idea de ella.

sobre las personas o sobre las cosas, puede incidir sobre la naturaleza del acto o contrato o sobre la identidad específica de la cosa, o implica que hay ausencia absoluta de voluntad, y se llama error esencial. Tal cosa dice el art. 1324: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando versa sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra....."

Si el error de hecho versa sobre cualquier cualidad del objeto que no va a la parte a celebrar el acto o contrato, a tal grado que, si no, no habrían otorgado su expresión de voluntad, entonces se llama error substancial y está contemplado en el art. 1325 inciso 1o. que dice: "El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de la que se cree."

El error de hecho puede incidir también sobre cualidades accidentales que, por lo general no tienen importancia para determinar la voluntad de la persona que celebra el acto o contrato, entonces se llama error accidental y mientras esas cualidades no constituyen el principal motivo que induce para celebrar el acto o contrato, no hay vicio de consentimiento, dice el art. 1325 inciso 2o. "El error acerca de otras cualesidades de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, si no cuando esa cualidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

Cuando el error recae sobre la persona con quien se tiene intención de contratar, no se vicia el consentimiento, salvo que la consecución de esta persona sea la causa principal del contrato, es lo que dice el art. 1326 inc. 1o.: por regla general es indiferente quien sea la persona con quien se contrata para los fines que se persiguen con el acto jurídico. Sin embargo hay algunos actos que se celebran precisamente en atención a determinada persona, entonces ellos se convierten en su motivo determinante, tales actos se llaman "intuito persona", es por eso que si se padece de error en la persona con quien se tuvo en mira celebrar el acto o contrato, éste se celebrará de vicio, pero en tal caso, la persona con quien erradamente se contrató tendrá derecho a ser indemnizada en los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por su nulidad art. 1326 inc. 2o.

Hay varios actos y contratos que se celebran precisamente en atención a determinada persona, como ejemplo de los segundos se tienen: el mandato, la transacción, la donación entre vivos, la sociedad colectiva, etc.; como ejemplos de los primeros se tienen: el matrimonio, el nombramiento de guardador y el nombramiento de los tutores testamentarios, confirma esta última cita el art. 1040 que dice:

Art. 1040. El error en el nombre o calidad del legatario no vicia la disposición, si no hubiera duda acerca de la persona.

En consecuencia, en la generalidad de los actos gratuitos, por ser de mera liberalidad, la consideración a determinada persona es el motivo de su otorgamiento, por lo tanto se convierte en un requisito esencial el que no se excluya de error al mencionado. Así, cuando el testador asigna algo a una persona a quien tiene el deseo de gratificar, y por un error designa a otra distinta, esa disposición no tendrá ningún valor ni en beneficio de la una ni de la otra, adolece de error en la persona, lo mismo que si se asigna algo a una persona a quien se supone poseer una calidad que en realidad no tiene, y esa ha sido motivo determinante para otorgar la disposición, no habiendo otra forma de identificación.

Por último hay errores que no vician el acto jurídico por no ser determinantes para la manifestación de voluntad, se denominan errores ligeros. Como por ejemplo cuando el error recae sobre el estado civil del asignatario, en consideración a que el art. 303 C. dice que el estado civil es "la calidad de un individuo". En este caso vale la asignación.

El art. 1041 expresa una regla general con respecto a las disposiciones testamentarias motivadas por un error de hecho, dice:

Art. 1041. La asignación que por sí sola motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita.

Si el acto jurídico del cual se deriva el error sustancial, como tal, implica ausencia total de voluntad, la sanción será: nulidad absoluta, producida por "la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos." art. 1552 inc. 2o.

Si el acto jurídico adolece de error sustancial que recae sobre la sustancia o calidades esenciales de la cosa, o que recae sobre una calidad accidental que ha sido esencial e importante de ella o esencial; y el error en la persona proveniente del error de su nombre o calidad, que hace dudar sobre su identificación, serán nulos de nulidad relativa, de conformidad con el último inciso del art. 1552 que dice que "cualesquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da lugar a la rescisión del acto o contrato."

PUANCA es la presión física o moral ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarle a ejecutar un acto jurídico.

La fuerza puede ser física, si se emplean procedimientos materiales de violencia; o moral si se emplean amenazas de hacer sufrir algún daño a la víctima. Esta última es la que viola la voluntad, porque hace que en el espíritu de la víctima nazca un temor de padecer ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, un mal grave, sea físico pues, que aunque en realidad hay una declaración de voluntad, ésta está totalmente influenciada por ese temor. En cambio la fuerza física lo que es

hace es destruir totalmente la voluntad de la persona, reduciéndola a un estado puramente pasivo, por lo tanto no hay vicio de la voluntad, sino que ésta no existe por completo.

La ley dada luego tiene que venir en auxilio de aquellas personas cuya voluntad ha sido inducida u obligada a consentir, en forma distinta de su propio deseo, tal se desprende de lo expresado en el art. 1327 que dice:

art. 1327. La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de su juicio, teniendo en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunda a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor racional, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Para una declaración de última voluntad, este concepto es exclusivo, no hay necesidad de que el temor que se produzca sea capaz de testar a un hombre sano, basta que los hechos sean suficientes de producir una impresión tal en la voluntad del testador, que se considere que no ha actuado con plena libertad para disponer

como quería.

La fuerza, para que vicie el consentimiento, debe reunir estas características: debe ser a) injusta e ilegítima; b) grave; y c) determinante.

a) Que la fuerza sea injusta e ilegítima - quiere decir que la amenaza de que se vale quien pretende ejercerla, no esté aceptada por la ley, así, no lo sería cualquier amenaza de iniciar un procedimiento judicial basado en legítimo derecho. Aunque la ley no hace referencia a este requisito en forma categórica, su existencia no admite duda, ya el Derecho Romano distinguía entre la fuerza legítima y la ilegítima, y los tratadistas de Derecho Civil, franceses y chilenos, cuyos códigos Civiles son la fuente del salvadoreño, -- así lo reconocen. Esto es la razón de porqué quien -- obra en la terminal forma por temor proveniente de la verificación de un acto o contrato, expresa una voluntad exenta de este vicio.

b) Que la fuerza sea grave significa que debe tener cierta intensidad, para ser capaz de mover la voluntad de la persona en quien se ejerce, estando ésta en su sano juicio y tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Es decir pues, que el código salvadoreño para determinar la gravedad del temor producido por una amenaza, colocándose en un plano más justo que el Derecho Romano, hace referencia especial a cada caso concreto; igual en cambio, toma como base que la violencia fuese capaz de inspirar temor al hombre más valiente, y

es muy natural que no se impresionará lo mismo a una mujer, que a un hombre; a una persona de muy bajo nivel cultural que a una muy instruida, o sea que el nacimiento del temor y su intensidad, dependen tanto de la persona que recibe la amenaza o violencia, como de la que la ejerce.

La amenaza que infunde el temor, puede hacerse no solo a la persona que hace la declaración de voluntad, sino que también a su consorte o a alguno de sus ascendientes o descendientes, pero para que se considere como fuerza grave, debe serlo de un mal irremediable y grave.

La fuerza debe ser "actual", al momento en que se hace la expresión de voluntad, aunque el mal haya de realizarse después.

Si la amenaza se hace sobre una persona distinta de los que enumera la ley como la novia, un tío etc., puede constituir vicio, siempre y cuando llegare a probarse que con ella se ha alterado la manifestación de voluntad del otorgante, en cambio cuando tal cosa ocurre con alguna de las personas mencionadas por la ley, se asiste una presunción legal.

b) Que la fuerza sea determinante, quiere decir que con ella se pretenda obtener una declaración de voluntad encaminada hacia un sentido determinado, a tal grado que esa declaración llegue a ser consecuencia directa e inmediata de la fuerza empleada.

Por último es preciso hacer notar que para ---

que la fuerza vicia la voluntad, no es indispensable que se ejerciera por la persona que con ella se daría la eficacia, puede serlo por cualquier otra. Así lo expresa el art. 1328 que dice:

Art. 1328. Para que la fuerza vicio el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que ha beneficiado por ella; basta que se haya ejercido la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento.

La fuerza vicia el acto de nulidad relativa.
art. 1552 inc. último.

El D.D.O. dice el art. 42 inc. 6º. "Consiste en la intencional privación de libertad, honor o propiedad de otro":

Dentro del marco legal, tiene tres casos distintos de aplicación:

a) Como vicio del consentimiento, cuando es obra de uno de las partes en la celebración de un acto o contrato, art. 1329. Es el que nos interesa en este estudio.

b) Como manera ilícita de evadir el cumplimiento de un contrato. Opera como agravante de la responsabilidad del deudor, es lo que se llama fraude, art. 1429. Y

c) Como fuente de los delitos civiles, Título XXXV del Libro IV.

El solo es diferente de la fuerza, en que se-

ta puede ser obra de una de las partes o de un tercero, en cambio aquel necesariamente tiene que ser obra de una de las partes para que constituya vicio del consentimiento, y debe estar destinado a producir engaño en el autor del acto jurídico.

Para que el dolo vicie el consentimiento, debe reunir estos dos requisitos: ser obra de una de las partes y ser principal.

Ellos se encuentran expresados en el Art. -- 1329 que dice:

Art. 1329. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo."

Desde luego que este artículo cuando habla de "una de las partes", se está refiriendo a la celebración de actos bilaterales, ya que en los actos unilaterales no hay lugar a hablar de "la otra parte"; pero esto no - quita que quien se beneficiara con ese vicio, sea por --

obra suya o de un tercero, ha hecho cambiar con sus
propios dolo y error, la voluntad de voluntad
del otorgante, de modo de ser por lo tanto una verdadera
declaración de voluntad, para convertirse en obra
del dolo.

El dolo principal cuando se constituye
en un acto otorgante que induce a manifestar la
voluntad en distinta forma de la que se hubiera de haber
de acuerdo del dolo principal; si no se logra tal cosa,
el dolo se llama incidental y sus efectos se reducen
sólo a una acción de perjuicios.

En los actos jurídicos unilaterales solo se
exige que el dolo sea principal; así el art. 1554 del art.
1559 dice que es indigno de suceder al difunto como he-
rédito o legatario "el que por fuerza o dolo obtuvo o
algun disposición testamentaria del difunto, o le im-
pedió testar o hacer el testamento".

El art. 1559 dice: "ningun persona tendrá
derecho a heredar, si se rescindiere su repudiación, si antes que
la repudiación o su legítima representante hayan sido
inducidos por fuerza o dolo a repudiar".

La fuerza y el dolo, al igual que el error,
como vicios de la voluntad son sancionados de nulidad
relativa, de acuerdo con el inciso último del art. 1532
que ya fue citado y transcrito.

Un punto que ha suscitado muchas discusiones
entre los tratadistas, es determinar los límites que se

de la frase "y si el vicio de esta calificación del acto, será nulo el testamento". Unos dicen que adolece de nulidad absoluta, otros que adolece de nulidad relativa.

Los que sustentan la primera opinión, entre quienes se encuentran el tratadista colombiano Velfa y el chileno Vera, dicen que tratándose de testamento, puede decirse que la fuerza de que se originan produce nulidad absoluta, puesto que los invalida en todos sus partes. Este modo de expresarse la ley, es incompatible con una nulidad relativa, prescindiendo de que esto no es aceptable respecto de testamentos, porque un difunto no podría solicitar la rescisión de su testamento. Ultrapuesto que el testador en vivo no necesitaría solicitarlo, porque lo podría revocar el testamento." Pérez, otro tratadista chileno, también sostiene la misma opinión, fundamentando su argumentación en que "Siempre que la ley dice -nulo- sin otra calificación, se entiende la absoluta; y continúa diciendo que ésta es la misma expresión empleada por el legislador en otras disposiciones."

Parece que estos autores no se pusieron a pensar que en asunto de nulidad la ley es restrictiva, y no le es dable al intérprete encontrar otras que las que expresamente dice ella, de tal suerte que cualquiera que sea el término usado por el legislador para calificar una nulidad, si ésta no se ha producido concretamente por uno de los casos del art. 1582, es decir

"por un objeto o causa ilícito, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o celebran." "Lo mismo que lo prohibido por actos y contratos ejecutados por personas absolutas entre sí no son nulidades absolutas. Y concluye este artículo diciendo que "cualesquiera de las causas de vicio, error, fuerza, dolo, incapacidad relativa, producen nulidad relativa, y da derecho a rescisión del acto o contrato."

De tal manera pues, esta es la doctrina con la opinión contraria, sostenida entre otros por Don Luis Gilro Solar, por considerarla con más razón legal, deduciendo que aunque el legislador diga que "nulo es el acto de las partes" si este caso no se ha incluido dentro de las situaciones que contiene el ya citado art. 1659 producen nulidad absoluta, siendo que considerarse como una nulidad relativa.

Por otra parte, como la nulidad relativa no puede hacerse valer sino a pedimento de parte, al otorgar un testamento, se brecha un vicio que ocurre al efecto, la nulidad más ficticia en su revocación, mediante el otorgamiento de otro testamento, sin necesidad de pedir su declaración de nulidad relativa, como en los demás actos perfectos, y si ninguna de estas dos cosas sucede, dando lugar con el cumplimiento de un testamento con disposiciones viciadas, por lo

INDICE:.....	PG.
Introducción.....	2
Título Primero: antecedentes Históricos.....	3
Capítulo Primero: Origen del Testamento.....	3
Capítulo Segundo: El Testamento en El Derecho Romano..	4
Título Segundo: El Testamento en la Legislación	
Salvadorense.....	14
Capítulo Primero: Concepto de Testamento.....	14
Capítulo Segundo: Clases de Testamento.....	17
Capítulo Tercero: Características especiales del	
Testamento.....	21
Título Tercero: Requisitos Internos de Validez de l	
Testamento público otorgado en El	
Salvador.....	32
Capítulo Primero: De la Capacidad.....	32
Capítulo Segundo: De la Voluntad Exenta de Vicios..	43

OBRA CONSULTADA:

Tratado Elemental de Derecho Romano

Eugene Petit.

Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado

Luis Claro Solís.

Derecho Sucesorio

Luís Somarrivén Undurraga.

Curso de Derecho Civil

Antonio Vedenovic H.

Curso de Derecho Civil (Sucesiones)

Dr. Héctor Lafaille.

Nueva Enciclopedia Jurídica

Editora Francisco Solís.