

079665

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

"FACULTAD, LIBERTAD Y CONVENIENCIA
DE
TESTAR"

TESIS DOCTORAL
PRESENTADA POR

JORGE ALBERTO SOSA ORELLANA

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO.-

SAN SALVADOR ---- EL SALVADOR ---- CENTRO AMERICA

17 de Agosto de 1962





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

SECRETARIO GENERAL :

Dr. ROBERTO EMILIO CUELLAR MILLA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO :

Dr. ADOLFO OSCAR MIRANDA.

SECRETARIO

Dr. JOSE IGNACIO PANIAGUA

oooooooooooo

EXAMINADORES:

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y
MERCANTILES.-

PRESIDENTE: Dr. ROBERTO EMILIO CUELLAR MILLA
PRIMER VOCAL: Dr. JOSE IGNACIO PANIAGUA
SEGUNDO VOCAL: Dr. FRANCISCO GUEVARA MORALES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: Dr. JOSE MARIA MENDEZ
PRIMER VOCAL: Dr. FRANCISCO ARRIETA GALLEGOS
SEGUNDO VOCAL: Dr. FRANCISCO ALFONSO LEIVA

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITU-
CION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: Dr. FELICIANO AVELAR
PRIMER VOCAL: Dr. ULISES FLORES
SEGUNDO VOCAL: Dr. CARLOS OCTAVIO TENORIO

EXAMEN PUBLICO DE DOCTORAMIENTO

PRESIDENTE: Dr. FRANCISCO ARRIETA GALLEGOS
PRIMER VOCAL: Dr. HECTOR ENRIQUE JIMENEZ
SEGUNDO VOCAL: Dr. RAFAEL IGNACIO FUNES

DEDICATORIA

A mis padres: DOMINGO SOSA
COCO ORELLANA DE SOSA

A mi esposa: ELISA MORENO DE SOSA

A mis hijas: CARMEN ELISA
ANA MARIA LUISA

A mis hermanos: JOSE DOMINGO SOSA O.
RENE RICARDO SOSA O.
MARTA SOSA DE DARDANO
GLORIA SOSA DE VASQUEZ

A la memoria de mi tío: LISANDRO LOPEZ

A mi tía: ANITA O. VIUDA DE LOPEZ

A la memoria de mi suegro: LUIS FELIPE MORENO

A mi suegra: MARIA LUISA VIUDA DE MORENO

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

La persona mientras vive, está afecta a un patrimonio, o sea a un conjunto de relaciones de derecho avaluables en dinero, de las cuales es sujeto activo o pasivo; a su muerte, esta serie de relaciones jurídicas no se terminan sino que subsisten y la razón de ello es, que si el ser humano no pensara que a su muerte sus esfuerzos serán aprovechados por sus seres queridos, principalmente sus hijos, no tendría incentivo ni aliciente alguno para hacer sacrificios y formar un patrimonio o como se dice corrientemente, en reunir una fortuna.--

Las leyes civiles establecen y regulan el dominio o derecho de propiedad, le hacen comunicable por obra y medio de los contratos y transmisibles al momento de la muerte de su titular, dando a éste la facultad de disponer en vida de manera expresa o presunta, a quién deben pertenecer esos bienes --- que a su muerte queden en vacancia.-- Es por la sucesión por causa de muerte, que ese conjunto de bienes pasa de las manos del causante a sus herederos.--

Las leyes sobre sucesiones no siempre son perfectas; es -- imposible, dado el carácter general de toda ley, acomodarlas a la diversidad de casos y circunstancias que en la práctica ocurren, de ahí que sólo el causante es capaz de tomar en consideración las vicisitudes y necesidades que tendrán después de su muerte, las personas que dependen de él; es por ello y

eso es importante, que le CONVIENE TESTAR, por ser el testamento el único medio de dar a conocer con claridad su voluntad ya que en cuestiones de interpretación de testamento, -- prevalece la voluntad del testador claramente manifestada.-- Art. 1051 C.--

Es una triste realidad que la mayoría de las personas mueren sin antes haber otorgado testamento, con el consiguiente perjuicio de sus herederos, principalmente si son menores o incapaces.--

La práctica diaria en los tribunales nos demuestra, que es mayor el número de las diligencias de aceptación de herencias intestadas que de las herencias testamentarias.-- Es de urgente necesidad hacer conciencia en las personas que están en la conveniencia de testar, para insinuarles que lo hagan, que se acerquen a los notarios de su mayor confianza, para que, previas las consultas del caso, decidan otorgar testamento según les convenga: abierto o cerrado, para garantizarse el causante el fiel cumplimiento de su voluntad, principalmente en lo relativo a la disposición de sus bienes y de otras declaraciones que la ley le permite hacer en los testamentos, para que tengan efecto después de su muerte y así evitarles a sus herederos: gastos, atrasos, pleitos por cuestiones de herencia.-- Bien dice un viejo aforismo jurídico que: "NOTARIA ABIERTA, JUZGADO CERRADO".--

Las diferentes Asociaciones de Abogados que hay en la República y los Notarios todos en lo particular con sus clientes--

y demás personas que buscan su asesoría y consejo, debieran emprender una campaña de ilustración sobre lo que es el testamento y las ventajas que ofrece el testar, para convencer a las - personas que lo hagan y nó que esperen encontrarse en la nece- sidad urgente y apremiante de hacerlo, ya sea en trance de muerte o por cualquier otra causa semejante, como la víspera de un viaje peligroso, el sometimiento a una delicada operación qui- rúrgica, el acometimiento de una enfermedad incurable como el - cáncer, etc.-- Hay que aprovechar la practicidad que ofrece el derecho; ¿por qué no disponer tranquilamente de los bienes? - ¿Por qué no hacerlo en buen estado de salud física y mental?

El costo de un testamento, según el Arancel Judicial en su Art. 43, no es mayor cosa; una persona prudente preferirá en - gastar un poco en otorgar su testamento y así prevenir de mayores gastos a sus herederos después y también de otras dificultades que acompañan a las sucesiones intestadas, tales como la INDIVISION, estado en que quedan los bienes sucesorales, que - constituye una verdadera rémora y atraso para la administra - ción, cultivo, adelanto, mejora y producción de las propieda - des de toda naturaleza.-- Por eso el estado de indivisión es mal visto por el legislador, quien le impone restricciones y limi - taciones y a eso se debe el texto del Art. 1196 del Código Ci - vil que dice:

"Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o sin - gular será obligado a permanecer en la indivisión; la parti - ción del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los

coasignatarios no hayan estipulado lo contrario.--

No puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido ese término, podrá renovarse el pacto".--

Además siendo la revocabilidad una característica esencial del testamento, éste puede modificarse parcialmente o cambiarse siempre por otro testamento, las veces que se quiera y en favor de las personas que se quiera, sean parientes o personas extrañas, ya que en nuestro país permiten la LIBRE TESTAMENTIFICACION, desde el año de 1902 en las leyes civiles, después elevado a principio constitucional desde la Constitución de 1950, que la establece en el Art. 173, que dice:

"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.-- HABRA LIBRE TESTAMENTIFICACION".--

107
Pag. 47

SUCESION POR CAUSA DE MUERTE

Según Escriche, SUCEDER es, "entrar en lugar de otro o seguirse a él, sea a título universal o a título particular; a título universal, cuando se sucede en calidad de heredero; a título particular, cuando se sucede en una cosa por causa de venta, donación, legado u otra cosa semejante".--

Etimológica y gramaticalmente, SUCESION, que viene del verbo latino "succedere", no significa más que el hecho de colocarse una persona en lugar de otra.-- Con más propiedad, dice Somarriva Undurraga: "La sucesión por causa de muerte es la transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados, en favor de otras personas también determinadas".--

Se dá el nombre de TRANSMISION, a la Sucesión Por Causa de Muerte, en contraposición al significado de la palabra TRANSFERENCIA, que se aplica con más propiedad a los actos entre vivos, pero corrientemente por una especie de antonomasia, en la Dogmática civilista, se le llama a la Sucesión por Causa de Muerte, simplemente SUCESION.--

5
importante

Nuestro Código no define lo que es la sucesión.-- En otras legislaciones, la Sucesión por Causa de Muerte es un modo de adquirir el dominio de la herencia; nosotros tuvimos tal sistema, hasta las famosas reformas del 4 de agosto de 1902 y consistía en considerar a la sucesión como modo de adquirir, no se necesitaba la tradición y la posesión de la herencia se confería "ipso jure" a la muerte del causante.-- De la fecha

~~Modo de adquirir~~
Sucesión la herencia
La ley

Modo de adquirir
Tradicón.

-- 6 --

indicada hasta nuestros días, la sucesión por Causa de Muerte - es un TITULO TRANSLATIVO DE DOMINIO y aunque no hay disposición expresa que lo diga, el artículo que antes decía que era modo de adquirir, fué derogado, coincidiendo con ello la reforma de ley estableciendo que: la tradición de la herencia se verifica por ministerio de ley a los herederos, en el momento en que es aceptada" (Art. 669 C.) es decir, que se hace necesario ahora de tradición como modo de adquirir la herencia y como título el testamento en las sucesiones testamentarias y la ley en las intestadas.--

El eminente profesor español Castán, dá un concepto más exacto de SUCESION en el campo de lo jurídico, diciendo: "que la sucesión es la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra".-- Parecida definición aparece en el Tratado de Derecho Civil Español de don Francisco Puig Peña: "Sucesión hereditaria es la subrogación que, a consecuencia de la muerte de una persona, se produce en otra de los derechos y acciones transmisibles de las que aquella era titular".-- Al referirse sólo a los derechos transmisibles o como más ampliamente dice nuestro Código Civil en su Art. 952 inc. 2º: "bienes, derechos y obligaciones transmisibles", se excluyen del campo sucesoral, aquellos derechos que por carecer de índole patrimonial no son susceptibles de transmitirse o que aún teniendo tinte patrimonial por su carácter de personalísimos, no se puede comerciar con ellos, tales como los

Explicación
en el concepto.

derechos de uso (Art. 821 C.) habitación, usufructo (Art. 776 C.) derecho a alimentos (Art. 352 C.) derechos inherentes a la patria potestad, las obligaciones que sólo pueden ser cumplidas por ciertas personas (un artista) en atención a su aptitud o pericia, etc.-- *Obligaciones o cargas personales.*

Aunque una persona se despojara de todos sus bienes en un momento dado, no por eso se extingue su patrimonio, ya que teniendo libres sus aptitudes y facultades siempre gozará de capacidad adquisitiva, manteniendo en consecuencia la posibilidad de adquirir más bienes; es por eso que, no puede hablarse de sucesión en el patrimonio por acto entre vivos, por que -- mientras viva el individuo, subsiste algo de patrimonio y así, sólo cuando muere o a su desaparecimiento, puede hablarse de sucesión a título universal

En estricto sentido, refiriéndose a la sucesión a causa de muerte.

DIFERENTES FORMAS DE SUCEDER

La Sucesión por Causa de Muerte puede ser, conforme nuestro Código: testamentaria, intestada y mixta, o sea parte testada y parte intestada.-- En realidad, sólo son dos las formas de suceder: TESTAMENTARIA e INTESTADA, que en la MIXTA se combinan por la concurrencia de ambas.--

La sucesión intestada precede cronológicamente, en la historia de la humanidad, a la testada, que aparece después como consecuencia del establecimiento de la propiedad privada y de un mayor desarrollo jurídico de los pueblos.-- El testamento supone ya conceptos jurídicos más perfeccionados por lo cual tiene preferencia la sucesión testada sobre la intestada.-- La sucesión ab-intestato implica la testamentaria, por eso se la considera como un testamento presunto, ya que en ella la ley trata de interpretar la voluntad del que no testó.--

Sucesión testamentaria es la que se defiere en virtud de un testamento.-- Sucesión intestada o ab-intestato, es la que tiene lugar en virtud de la ley, cuando el difunto no ha dispuesto de sus bienes o si lo hizo, no fué conforme a derecho o no han tenido efecto sus disposiciones.- (Art. 981 C.). Todo el sistema de nuestra legislación se basa en la distinción de estas dos clases de sucesión.-- Es entendido que la sucesión es testamentaria cuando el difunto en su testamento DISPUSO DE SUS BIENES, pero si lo otorgó con otros fines que la misma ley permite (véase definición de testamento. Art. 996 C.) y no dispuso de sus bienes, en todo o en parte, aunque exista testamento, la sucesión se regirá en todo o en parte por las reglas de la su-

cesión intestada, ya que cuando el difunto no dispone de sus bienes en todo o en parte o quedan sin efecto sus disposiciones por nulidad u otra causa, rigen las disposiciones de la sucesión intestada.--

En la sucesión testamentaria, al hacer su testamento el otorgante dispone de sus bienes distribuyéndolos a su voluntad entre sus herederos y legatarios.-- En la intestada, ya la ley señala qué personas y en qué orden van a suceder al causante; - por eso se la llama sucesión legal; la ley se pone en el caso de que si el causante hubiera hecho testamento, así lo habría hecho.--

Ya hemos dicho que la sucesión testada prevalece sobre la intestada o tiene primacía sobre la intestada; con tal base el - Art. 993 C. inciso primero, dá una regla sencilla para tal caso en que por testamento sólo disponga de una parte de sus bienes el causante y deje otra parte sin testar y dice así:

"Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamenta - rias y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato según las reglas generales".--

De la simple lectura se deduce que se trata de una regla sencilla, que no requiere ningún esfuerzo para su inteligencia y aplicación.--

En las leyes romanas y también según las Siete Partidas, ^{p7} na die podía morir en parte testado y parte intestado; para ellos, el testamento abarcaba toda la herencia.--

En la sucesión testamentaria, el testamento sirve de título que dá origen a la relación jurídica sucesoria; cuando falta la manifestación de la voluntad testamentaria o ésta es inapropiada o insuficiente para distribuir el patrimonio del difunto, entonces el llamamiento lo hace la ley, que sirve de título y de fuente creadora de la relación jurídica sucesoria, dando lugar así a la sucesión intestada o abintestato, nombre con que se la conoce desde tiempo de los romanos, expresión que aunque no es muy correcta, se presta a menos equívocos que los otros términos de "sucesión legal" o "sucesión legítima", por la confusión que provocan, --- ya que todas las sucesiones son legales por que la ley las permite y establece, además es la terminología usada por nuestro Código al referirse a esa clase de sucesión, lo mismo que la más usual en los textos y libros de los comentaristas doctrinales.--

La sucesión intestada tiene el carácter de supletoria de la testamentaria, ya que en nuestra ley entra en subsidio o complemento de la testamentaria, así que mientras haya ordenación completa hecha en el testamento, no hay lugar a que entre en funciones el ordenamiento del sistema legal establecido en el Art. 988 C.-- En nuestra legislación son pues, compatibles, la sucesión testada y la intestada.--

INTERESES QUE ENTRAN EN JUEGO EN UNA SUCESION

A la muerte del causante hay ciertos intereses que hasta entonces se hacen efectivos: primeramente el interés de la ley, o más bien, un interés general por que se cumpla con la voluntad del causante después de su muerte, sea la voluntad expresa en un testamento o la presunta que supone la ley para distribuir sus bienes entre sus parientes más cercanos.--

En segundo lugar sería el interés familiar, ya que la mayoría de las veces los sucesores tanto testamentarios como legítimos del causante son sus hijos, padres, hermanos, tíos, etc., pues raras veces se ven testamentos a favor de personas que no sean las que la misma ley considera como herederos en los casos de herencias intestadas.--

En tercer lugar tenemos un interés social que se haría presente cuando en una herencia intestada careciera el causante de herederos entre sus parientes que señala el Art. 988 C. teniendo entonces como sus herederos de conformidad al numeral 7º del mismo Artículo, a la Universidad y a los hospitales.--

Por último y en todo caso, concurre el interés fiscal del Estado, para hacer efectivo el cobro del impuesto sucesoral con base a la Ley de Gravamen de las Sucesiones.--

NATURALEZA DEL DERECHO DE TESTAR

El derecho de testar está catalogado por los tratadistas como un derecho absoluto y lo mencionan como ejemplo típico de tales derechos absolutos, juntamente con el derecho absoluto que tienen los ascendientes para negar su consentimiento al matrimonio de un descendiente menor de dieciocho años (Art. 112 C.) -- la negativa no necesita expresar causa alguna ó sea que puede ser caprichosa o infundada.-- Otro caso de derecho absoluto es el que tiene el comunero para pedir la partición, con tal de -- que no se haya estipulado lo contrario.- Art. 1196 C.--

¿Qué son derechos absolutos o qué se debe entender por ellos?

En la última edición del Curso de Derecho Civil, Tomo Segundo de Alessandri Rodríguez y Somarriva, relativo a los bienes, dicen ellos: "Hay algunos derechos que, por excepción y dada su misma naturaleza o carácter, reclaman un ejercicio discrecional y libre de toda fiscalización; no son susceptibles de abuso y jamás engendran responsabilidad para su titular.-- Denominanse DERECHOS ABSOLUTOS o también discrecionales, no causados, -- arbitrarios o codificados.-- El último nombre se explica porque aparecen registrados por la ley y delimitados en forma precisa, a fin de evitar cualquiera discusión sobre su alcance".--

④ Nuestra Constitución Política, desde 1950 en el Título relativo al "Régimen de Derechos Individuales" establece en su Art. 173 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.--Habr  libre testamentifi

Por un error de imprenta aparece TESTAMENTIFICACION en vez de la palabra correcta: TESTAMENTIFACCION

FUNDAMENTO DE LA FACULTAD DE TESTAR

La fundamentación del derecho de testar es cuestión que pertenece al campo de la Filosofía del Derecho y aunque por ello se sostenga que no debe ser estudiada por los técnicos del derecho sino por los filósofos, sociólogos y hasta economistas, la verdad es que se requieren nociones primarias que el jurista debe saber siquiera someramente para entrar con buena base al estudio del contenido de las Sucesiones.--

Es vieja la disputa sobre si la facultad de disponer de los bienes propios es de Derecho Natural.-- Los Jusnaturalistas sostienen que el derecho de testar es un complemento del dominio y si todo propietario puede disponer de sus bienes en vida, no hay razón para negarle el derecho de disponer de los mismos para después de su muerte; se hace pues, necesario garantizarle al individuo el dominio sobre sus propios bienes no sólo durante su vida sino para después de su muerte, con el objeto en este último caso, de que pueda satisfacer sus sentimientos de gratitud, cariño, afecto, etc.; no debe olvidarse que si el hombre dispone de sus bienes en vida, hasta el grado de despojarse de ellos, mejor podrá disponer de los mismos por testamento.-- La facultad de ordenar sus bienes en vida y para después de su muerte, es algo consubstancial a la persona sin la cual no es posible concebir la vida en el sentido racional de la expresión.-- El anterior punto de vista que pudiéramos llamarlo sustancial -

ha sido el sostenido por viejos tratadistas que consideraron que la potestad de hacer testamento emana del propio derecho natural, ya que está basada en los postulados fundamentales de este derecho: el hombre, afirman, tiene derecho a la libertad personal; consecuencia y complemento de este derecho lo es el de propiedad, la facultad de ordenar sus bienes en vida y para después de su muerte, pertenece a ese orden de relaciones.-- El derecho de propiedad es perpetuo por naturaleza, la muerte que hace cesar el goce, no extingue el derecho de propiedad que, de otra manera, no sería más que un usufructo.--

Desde un punto de vista jus positivista, la facultad de hacer testamento no es más que una creación del derecho positivo, un producto de la ley positiva, creación que le permite a la persona distribuir sus bienes para después de su muerte, tomando en cuenta la ley ciertas consideraciones de carácter racional, social y sentimental.-- Por eso, decía Toullier en sus comentarios al Código Francés, "después de la religión, el testamento es el más dulce consuelo del hombre moribundo"; y Bentham, afirmaba: "que el testamento es un instrumento puesto en manos de los individuos para prevenir calamidades privadas y aún puede ser considerado como instrumento de autoridad confiado a los padres para estimular la virtud y reprimir el vicio en el seno de la familia".--

Si la facultad de testar se negara, con ello se le negaría al derecho de propiedad su exclusividad y el ser absoluto pro-

porcionando a su dueño sólo un goce temporal de los bienes, en la mayoría de las veces adquiridos a fuerza de grandes sacrificios y privaciones.-- Al concederse por la ley la potestad testamentaria, dá lugar a una institución que si bien no es de Derecho Natural, representa un recurso jurídico útil y necesario para la convivencia social.--

El eminente comentarista chileno don Luis Claro Solar, dice que: "El derecho de testar tiene su fundamento jurídico en el derecho de propiedad, es como una emanación de la personalidad y libertad que el testador tiene para disponer de sus bienes por causa de muerte, como puede disponer de ellos por actos entre vivos.-- Por consiguiente, si la testamentifacción activa es una prolongación de los derechos del propietario y la voluntad de éste se respeta en la disposición que hace de sus bienes durante su vida, lo natural y lógico es que sea -- respetada igualmente en la que haga de ellos para después de su muerte, desde que ambas tienen el mismo fundamento.-- El derecho de personalidad y el de libertad, que se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre, hacen necesario el que pueda disponer por actos de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle y no deben por lo mismo, ser objeto de limitaciones legales y arbitrarias y porque, como acto de dominio referente a los bienes debe cada disposición mortis -- causa ser respetada, como todos los demás actos de disposición inherentes al dominio, la donación y demás contratos de enaje-

nación, gratuitos u onerosos, ejecutados entre vivos".--

Algunos aceptan como más certera desde el punto de vista - de la técnica formal, la doctrina según la cual el legislador concede facultad a los ciudadanos para ordenar su designio - testamentario con amplia libertad y con las solas restricciones que el orden público y el familiar exigen; pero es el Estado - quien en definitiva crea la relación jurídica sucesoria.- Brunetti, un partidario de esta teoría, sostiene que "en la sucesión testamentaria no es la voluntad del ciudadano la que actúa, la que dá vida a la relación jurídica, la que transmite - los bienes, sino que es la voluntad del Estado que crea la relación jurídica y distribuye los bienes según indicaciones recibidas del testador".-- Esta doctrina es exagerada, desconoce el verdadero poder creador de la voluntad del hombre y la naturaleza del acto testamentario que tiene virtualidad aún antes de producirse la muerte del causante.--

Barros Errázuriz al hablar del derecho de otorgar testamento dice: "La facultad de testar es el atributo más importante; es como el coronamiento del derecho de propiedad, por que lo - prolonga hasta más allá de la muerte"..... y continúa:"Es indudable que el hombre tiene el derecho de testar, como consecuencia de su derecho de dominio.-- Si todos le reconocen el derecho de transferir y aún de donar sus bienes en vida ¿por qué - no ha de poder hacerlo también en los últimos momentos de su - existencia? El derecho de propiedad quedaría anulado si no -- implicara el de disponer de los bienes para después de la ---

El Papa León XIII, en su Encíclica RERUM NOVARUM, hace notar: "que la naturaleza impone al padre el deber de alimentar y de cuidar de sus hijos; le inspira la preocupación de su porvenir y de crearles un patrimonio que les ayude a defenderse - en la peligrosa travesía de la vida contra las sorpresas de la fortuna" y agrega: "que este patrimonio no podría crearlo sin la posesión de bienes permanentes que les pudiera transmitir - por vía de herencia".--

El Papa Pío XI, en su Encíclica CUADRAGESIMO ANNO, de 15 de mayo de 1931, dice: "que el Estado debe respetar el derecho de transmitir los bienes, por medio de la herencia".--

Para terminar esta parte diremos que el derecho de testar - presta gran utilidad al padre de familia porque le ayuda a fomentar la virtud y repudiar el vicio, le asegura la sumisión - y el respeto de sus hijos, contribuyendo a afirmar el orden en la familia que es la base de toda sociedad; y que todo lo que tienda a menoscabar en su esencia tal fundamental derecho, es abusivo y peligroso.--

Concluyendo tenemos, que para ejercitar esa facultad y hacer uso del derecho de testar, se debe hacer empleo del único medio: EL TESTAMENTO, con ello se evitarán las herencias intestadas que ahora suman la mayoría de todos los tribunales civiles de la República.--

OPOSICION AL DERECHO DE TESTAR

Fué con posterioridad a la Revolución Francesa, que dió comienzo el ataque a la Institución Testamentaria, negándose en consecuencia la facultad de testar.-- Fueron los iniciadores - los mismos pensadores y filósofos revolucionarios tales como - Mirabeau, Robespierre, etc., quienes imbuídos del individualismo, negaron la posibilidad de disponer de los bienes más allá de la existencia de las personas.-- Mirabeau, decía: "El hombre no tiene ningún derecho exclusivo sobre ningún objeto de la naturaleza; lo que pertenece igualmente a todos, no pertenece a nadie.-- Si la propiedad existe, es por que la ley la ha creado por motivos de utilidad social.-- Las leyes no solamente -- protegen y mantienen la propiedad, sino en cierto modo la hacen nacer; ¿qué es la sucesión? una creación de la ley como la Propiedad; así pues, a la ley corresponde distribuir los bienes que el hombre deja al morir y nó al propietario, cuyo goce termina con él".-- Tronchet, en el mismo orden de ideas, decía: "La propiedad acaba con el hombre; si se permite a éste - transmitir, es por excepción a la ley natural, es una concepción que el legislador le hace".--

Han sido los socialistas los mayores enemigos de la potestad de testar, ya que según ellos, es contraria a la justicia intrínseca, por que crea entre los hombres una desigualdad y -

si ésta puede únicamente permitirse cuando proviene de las 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; además argumentan, la facultad de testar es contraria al interés de la sociedad, porque ésta exige y requiere que las fuerzas económicas caigan sólo en manos de las personas más aptas y nunca sobre las que no lo son. Los medios de producción pertenecen al Estado, a la colectividad y por consiguiente, no pueden ser objeto de la potestad sucesoria.--

No han faltado críticas de índole moralizadora, diciendo que la facultad de testar aumenta la negligencia de las personas en producir, ya que tienen en perspectiva heredar un patrimonio, ocasionando en ellos el ocio y la vagancia, madre de todos los vicios.--

La realidad es que la facultad de testar ha resistido los embates de sus enemigos y se consigna en la generalidad de las legislaciones de los países, aún en Rusia, que al comienzo de la revolución bolchevique, desconoció el derecho de herencia hoy en día, aunque con algunas diferencias de los países del mundo libre, acepta la sucesión por causa de muerte. Así lo confirma el Art. 10 de la Constitución rusa.-- El Art. 416 distingue entre sucesión legal o legítima y sucesión testamentaria; y en virtud del decreto de 14 de marzo de 1945 del Presidium del Sóviet Supremo, el Derecho de Sucesión ha sido ampliado.-- Debemos recordar que en la Unión Soviética durante

el primer período llamado del Comunismo Militante, comprendido por los años de 1917 a 1921, todo el orden jurídico, social y económico, fué desechado: se nacionalizó sin indemnización la propiedad privada de tierras; las casas se declararon propiedad de las municipalidades; el derecho de sucesión individual fué -
cambiado por un sistema legal, en el cual el único heredero le-
gal era el Estado.--

Para concluir este pequeño capítulo, podemos decir con Trop-
long: "El testamento es el triunfo de la libertad en el dere-
cho civil".--

Todo lo que se diga contra la facultad de testar, es contra el derecho de propiedad.--

DEL TESTAMENTO EN GENERAL

La facultad que el hombre tiene de ordenar y disponer de sus bienes y hacer otras declaraciones de índole no patrimonial para que tengan efecto después de su muerte, solamente puede ejercitarse mediante el testamento, de ahí la importancia que tiene el mismo, máxime que en nuestra legislación se rige por el sistema de libre testamentifacción establecido desde el año de 1902, con restricciones a favor de los alimentarios del testador de conformidad con el Art. 1141 C., Artículo cuya constitucionalidad se ha puesto en duda desde que entró en vigencia la Constitución de 1950, por establecer dicha Constitución en su Art. 173 la LIBRE TESTAMENTIFACCION. (B)

Etimológicamente la palabra TESTAMENTO viene de las voces latinas "TESTATIO MENTIS", que quiere decir: testimonio de la voluntad, por que en realidad es una manifestación de voluntad.-- 16400
80 @
ab 50/01

Escriche en su famoso diccionario dice que: "Testamento es declaración legal que uno hace de su última voluntad, disponiendo de sus bienes para después de su muerte".--

El Diccionario de la Real Academia dá dos conceptos de --- TESTAMENTO: 1) Declaración que de su última voluntad hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte; y, 2) Documento donde consta en -- forma legal, la voluntad del testador.-

Nuestro Código Civil en su Art. 996, dice: "Se llama testamento la declaración que, con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días".-

En términos generales, está bien la definición del Código, pero con dos reparos: el primero es que el testamento es un acto jurídico unilateral en el que se hacen declaraciones y disposiciones y nó como dice el Código que: "el testamento es la declaración"; es un acto jurídico por que es una manifestación de voluntad que produce y seguirá produciendo efectos jurídicos a la muerte del causante, dando lugar a la Sucesión Testamentaria; y es un ejemplo típico de acto unilateral, ya que sólo requiere para nacer a la vida del derecho, de la voluntad del testador.-- En la parte final de la definición legal en comentario, mejor hubiera sido que en lugar de "sus días" dijera: "su muerte", que es una terminología más apropiada.--

El testamento es pues, un acto jurídico por el cual una persona, al manifestar su última voluntad, dispone en favor de otra u otras, para después de su muerte, de todo o parte de su patrimonio o hace declaraciones relativas a otros asuntos de carácter no patrimonial.-- No se mencionan caracteres del testamento en el anterior concepto, ya que no es lugar pertinente para ellos y es más apropiado referirse a los mismos por aparte.--

Ya tenemos idea y concepto de lo que es el testamento, ahora en breve reseña histórica, veremos cómo ha evolucionado --

hasta nuestros días.-- Los pueblos primitivos no tuvieron la idea del testamento, ya que en ellos la transmisión de los bienes por causa de muerte sólo se verificaba a través del mecanismo de la sucesión legítima. Fueron los romanos los que pasaron de este sistema de herencia necesaria al sistema de otorgar las últimas disposiciones por medio de potestad individual.--

Posteriormente en la cultura jurídica romana se consolida la facultad de testar y se centra el concepto de testamento -- en la Institución de Heredero, pues, para los romanos, si no había institución de heredero, no valía lo escrito en el testamento.--

② A partir del Código de Napoleón, la generalidad de los Códigos silenciaron al definir el testamento, la necesidad de la Institución de Heredero, pero en cambio establecieron el principio de la Disposición de Bienes.-- No se consideraba testamento si no se disponía de bienes.-- Este concepto materialístico se halla modificado actualmente en el sentido de que, aunque por regla general el testamento sea un acto de disposición patrimonial, nada importa para su validez y eficacia el silencio de la ordenación de bienes en él; nuestra legislación está acorde con este principio, desde la reformas de 1902.--

* La idea fundamental de testamento la hallamos en el histórico libro bíblico de Moisés en el GENESIS, cuando dice: "Y dió Abraham a Isaac todo lo que poseía. Y a los hijos de las --

concubinas de Abraham dió Abraham dones y los despidió, cuando aún vivía.....".--

Como se deduce del texto del Génesis transcrito, la herencia paterna con las bendiciones temporales y espirituales vinculadas a la raza patriarcal recayó únicamente en Isaac; sus hermanos sólo recibieron regalos o donaciones de su padre.-- La razón era, que Isaac era hijo único de mujer legítima y de primer orden, admitida igualmente en sociedad con el marido, los demás eran hijos de concubinas admitidas sólo al lecho nupcial para dar posteridad a su señor y que por su condición de esclavas no podían reclamarni para sí ni para sus hijos, otros bienes que los dados por liberalidad o por costumbre.-- Tal era el derecho entonces en vigor y que pasó a la Ley Mosaica.--

El otro caso que está contenido en el Génesis es el del patriarca Jacob, quien dió a su hijo José, con preferencia a los demás hijos, la porción de tierra que había adquirido combatiendo a los Amorreos.--

En Esparta se conoció el testamento desde la guerra del Peloponeso y en Atenas fué introducido por Solón para el único caso en que el testador no tuviera hijos legítimos, considerados herederos obligados que la ley reconocía.--

Es en Roma donde evolucionó más el testamento y aparece mejor diseñado.-- Primeramente en el Derecho Antiguo, aún antes de la famosa Ley de las Doce Tablas, el testamento aparece revestido con carácter público, civil y religioso, lleno de formalidades y sólo podía celebrarse en tiempo de paz; después se

estableció una forma sencilla para el tiempo de guerra; los soldados hacían de viva voz (oral) su testamento delante del pueblo reunido "in exercitus armatus expeditusque", es decir, ante el ejército preparado para el combate, que llamaron ellos "IN PROCINCTU".-- Hubo una tercera especie de testamento que reemplazó a la primera que se llamó "PER OES ET LIBRAM", por la moneda y la libra, siempre con muchas formalidades.-- Por último en el derecho imperial, a través de la época del Derecho Pretorio u Honorario, se simplificaron las formalidades y en vez de una sola forma de testamento, se introducen varias, para facilitar al testador el otorgamiento del testamento según los diversos casos y circunstancias en que su pudiera encontrar.-- El Emperador Teodosio, autorizó y reglamentó con gran cuidado el testamento escrito, cerrado o secreto, llamado por esto "Místico", por que los testigos no conocían las disposiciones contenidas en él.-- El testador presentaba el testamento escrito de su propia mano, sellado, atado o cerrado a siete testigos, quienes debían ser ciudadanos romanos, púberes, llamados para ese objeto, para que lo sellaran y firmaran, declarando el testador, a la presencia de los mismos testigos, ser aquel su testamento y firmándolo en presencia de dichos testigos.-- Como se puede fácilmente deducir, es muy poca la diferencia entre el testamento cerrado de nuestra ley actual con el del tiempo de los romanos del cual se deriva.--

La tendencia de los emperadores romanos fué evitar formalismos innecesarios; en su época se estableció la distinción entre el testamento HOLLOGRAPHUM, escrito de puño y letra por el testador y el testamento HALLOGRAPHUM, escrito a ruego del testador por otra persona, diferencia que estribaba en que, en el primero, no se necesitaba de testigos.--

Fué en tiempos del Imperio Romano, que se introdujo el testamento público, que consistía en presentarse el testador ante una autoridad pública a declarar sus últimas voluntades, se le levantaba un acta de las declaraciones y se conservaba en un archivo; por eso también se le llamó "TESTAMENTUM APUD ACTA CONDITIUM".--

El Derecho Imperial también dictó reglas especiales atendiendo a circunstancias especiales para aquellos casos en que era difícil cumplir con los requisitos exigidos para otorgar testamentos; así nacieron los testamentos ESPECIALES, tales como: el del ciego, el del sordo-mudo, el de los ascendientes, el hecho por causas pías, el hecho en el campo para favorecer a los agri cultores, el hecho en tiempo de peste; y PRIVILEGIADOS, como el militar.-- Los militares podían testar como quisieran o pudieran, siendo su testamento válido, no sólo durante el peligro, sino algún tiempo después.-- No deben entenderse como testamentos militares, todos los hechos por militares, sino los hechos en virtud del privilegio, puesto que también los militares podían testar por el Derecho Común.--

En cuanto al Testamento en el Derecho Español, tenemos que -

el Breviario o Código de Alarico en el año 506 reprodujo todas las reglas del Derecho Romano, tal como estaban vigentes en esa época, figuraba el testamento oral con el nombre de "NUNCUPATIO" y el escrito con el nombre de "TESTAMENTUM".-- El Breviario no contenía nada relativo al testamento militar.--

En el Fuero Juzgo, eran válidos los siguientes testamentos:

- 1º) El escrito firmado por mano del que lo hizo y de los testigos;
- 2º) El testamento firmado por cualquiera de ellos, testador y testigos;
- 3º) El testamento en que, no sabiendo escribir el testador, lo hace y lo firma otro por él a su ruego; y,
- 4º) El testamento que no es escrito y sólo de palabra ante testigos.-

El Fuero Juzgo admitió el testamento ológrafo, que con posterioridad fué derogado por la Ley 3 de Toro.--

El Fuero Real se ocupa de las mandas, palabra a la que daba el mismo significado que el testamento.-- El Fuero Real fué menos preciso que el Fuero Juzgo de quien tomó todas las formas de testamentos hasta entonces conocidas, que sí fueron explicados detalladamente en Las Partidas, Código fundamental obra del mismo autor del Fuero Real.--

Las Partidas se inspiraron en el Derecho Romano del tiempo de Justiniano; con toda minuciosidad trataron en treinta y dos leyes, todo lo relativo al ordenamiento de los testamentos.-- Constituyen uno de los precedentes principales de nuestro Có--

digo, a través de los Códigos Civiles Español y Chileno que nos han servido de modelo.-- Las Siete Partidas fueron modificadas y completadas por leyes insertas en la Nueva y en la Novísima Recopilación.-- La Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil de 1860, en su informe de 20 de agosto de 1859, claramente indicó la procedencia de dicho proyecto: "Por lo que toca al método y plan de la obra, la Comisión observa, que se ha seguido el del Código Chileno, que es en realidad el más completo".-- Nuestro primitivo Código Civil estuvo inspirado en la tradición jurídica romana, en el Derecho Canónico y en el Código Civil Francés, más conocido por el famoso Código de Napoleón, fuente de nuestras leyes a través del Código de Chile .-

En este Código de Napoleón se establecían los siguientes testamentos comunes: el OLOGRAFO, el hecho por acto público y el MISTICO o secreto; y como testamentos especiales: el militar o marítimo, el hecho en caso de peste o enfermedad contagiosa, etc.-- Testamentos estos de un valor relativo y que caducaban pasado cierto tiempo, siempre que sobreviviera el testador.--

8 Son estos los antecedentes históricos de las diversas clases de testamentos que aparecen en nuestra ley civil sucesoral, que por considerarla de tanta importancia, se le ha apartado todo un libro del Código Civil, Libro Tercero.--

CARACTERES DEL TESTAMENTO

Las características principales del testamento son las siguientes: es un acto jurídico, unilateral, personalísimo, más o menos solemne y esencialmente revocable:--

A) EL TESTAMENTO COMO ACTO JURIDICO UNILATERAL.-- Por ser el testamento una declaración de voluntad hecha con la intención de producir efectos jurídicos, es un acto jurídico; y es unilateral, por que sólo requiere de la manifestación de voluntad de UNA PERSONA, del testador.-- Por eso se dice que el testamento es un acto ordenador de un solo sujeto y no de varios.--

Este hecho de la unilateralidad del testamento fué reconocido desde el Derecho Romano Antiguo, que prohibía en forma expresa los testamentos mancomunados, aunque después en los testamentos militares fueron admitidos, al final se regresó al sistema de la prohibición absoluta del testamento pluralizado.--

En el Derecho Germánico se admitió como cotestadores sólo a los cónyuges.-- Las Leyes Españolas del Fuero Real, admitieron el testamento conjunto cuya práctica fué muy abundante, comprendía no sólo el caso del testamento hecho u otorgado por los cónyuges, sino también el de los prometidos en matrimonio, el de los padres, el de los hermanos.--

Esta clase de testamentos mancomunados fueron suprimidos al comienzo de la Codificación Española, por que en la prácti-

ca dieron lugar a múltiples complicaciones principalmente en lo relativo a la revocabilidad de los testamentos.-- Por esas mismas razones en el Código de Napoleón no aparecen establecidos.-- Van contra las formas normales de testar y contra los principios fundamentales de la ordenación testamentaria como la libertad y la espontaneidad que deben existir al momento de otorgar el instrumento y contra la revocabilidad que es característica propia de los actos de última voluntad.--

Nuestro Código en el Art. 1000 C. dice: "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".-- De la simple lectura del texto legal transcrito se deduce que aquí en El Salvador no están permitidos los testamentos mancomunados; muy a pesar de la claridad del artículo, ha habido notario que por ignorancia -- inexcusable ha hecho otorgar testamento conjuntamente a dos -- cónyuges.-- El hecho sucedió hace algún tiempo; desde luego que el testamento era nulo de conformidad con el Artículo ya citado, el Notario se mereció la suspensión en el ejercicio de su profesión a que lo condenó la Corte Suprema de Justicia de -- aquel entonces.--

Hay autores y comentaristas que consideran al testamento mancomunado como una manifestación de inteligencia y armonía en --

tre los cónyuges y como tal, dicen ellos, debiera verse con simpatía por el legislador.-- La circunstancia de que una institución adolezca de defectos e inconvenientes, no es motivo suficiente para suprimirla, sino que debe de reformarse tra -- tando en lo posible de evitar tales inconvenientes.--

Legislaciones hay que rechazan de manera absoluta los tes - tamentos mancomunados, así la nuestra, la chilena, la de o -- tros países latinoamericanos con excepción de Venezuela, el - Código Francés, el español, el italiano, el portugués, la le - gislación rusa; otras legislaciones admiten el testamento con - junctivo, pero sólo reducido al caso de los cónyuges, así el - código alemán; y hay por fin legislaciones que lo admiten de una manera amplia, como sucede en Inglaterra y en la mayoría - de los países de la Comunidad Británica de Naciones.-

B) CARACTER PERSONALISIMO DEL TESTAMENTO.-- El carácter de ser personalísimo el testamento, lo deducimos de los siguien - tes Artículos del Código Civil, primeramente de la definición legal de testamento que dá el Art. 996 C.: "Se llama testamen - to la declaración que, con las formalidades que la ley esta -- blece, HACE UNA PERSONA de su última voluntad....."; después - el Art. 1000 C. en su inciso primero nos dice: "El testamento es un acto de UNA SOLA PERSONA" y para completar y como con - secuencia del principio de ser personalísimo el testamento el Art. 1001 C. nos manifiesta: "LA FACULTAD DE TESTAR ES INDE -- LEGABLE.-- Así, NO PUEDE CONFERIRSE PODER PARA TESTAR".--

El carácter personalísimo del testamento es una excepción al hecho de que todos los actos jurídicos admiten participación de varias personas, cuando menos de dos, aún en los casos de actos unilaterales tales como el reconocimiento de hijo natural que necesita de la aceptación del hijo; en la legitimación; en el contrato de donación que es unilateral también y se necesita de la aceptación de la donación por parte del donatario; en la compraventa, que puede intervenir un grupo de personas de lado y lado como contratantes.-- En el testamento sólo interviene una persona, por ser un acto personalísimo.--

Otra excepción a este carácter personalísimo del testamento es la de que en el Derecho, los actos que puede ejecutar o hacer una persona por sí, pueden realizarse a través de la Institución llamada de la Representación Jurídica, por medio de otra persona dando el mismo resultado como si el delegante lo hubiera hecho; ahora bien, tratándose de testamentos no se puede, por que como ya lo vimos, el Art. 1001 C. lo prohíbe expresamente y es por la naturaleza de la característica del testamento a que nos estamos refiriendo.-- En el estamento, pues, no tiene cabida la representación jurídica, ni mucho menos podría una persona ratificar declaraciones testamentarias hechas en su nombre.--

Debe entenderse bien claro, que todo el mecanismo del testamento gira alrededor de la intervención o participación es-

trictamente personal del testador, él es la figura sobresaliente, estelar del elenco de personas que intervienen en el otorgamiento de un testamento.--

El carácter personalísimo del testamento es una necesidad:

1º.- Para evitar interferencias que se producirían al intervenir otras voluntades.--

2º.- Para seguridad del causante y hacer desaparecer el temor de que los mandatarios no fueran a interpretar bien su voluntad.--

3º.- Por la simplicidad conveniente y el formalismo típico de los negocios testamentarios.--

4º.-Principalmente para que la declaración de última voluntad refleje y represente fielmente la voluntad del testador, quien no puede tener otro intérprete mejor que él mismo, por el conocimiento que tiene detallado de su patrimonio, su situación económica, de sus obligaciones de toda índole, de los miembros que componen su familia, de sus capacidades y necesidades, de la apreciación y valorización de sus caracteres, etc.--

En conclusión diremos que la personalidad del acto testamentario impide que un extraño nos sustituya en nuestra manifestación de voluntad.--

C)EL TESTAMENTO DEBE SER SIEMPRE SOLEMNE.-- Ya lo dice el inciso 1º del Art. 1005 C.: "El testamento es solemne o menos solemne".-- Entonces el testamento es siempre solemne, por que en todo testamento deben cumplirse siempre ciertas solemnida--

des que la ley establece, en atención al acto en sí mismo y no admite otra manera de establecer o manifestarse la voluntad del testador, si no es por medio del cumplimiento de los requisitos legales.-- Esa es la razón que el legislador ha tenido para establecer en el Art. 999 C que: "Los documentos, libros y papeles a que se refiera el testador en el testamento, no se mirarán como parte de éste, aunque el testador lo ordene; ni valdrán más de lo que sin esta circunstancia valdrían".-- Por que en dichos documentos, libros y papeles, no se han respetado las formalidades del testamento y no pueden tener en consecuencia su mismo valor.--

El fundamento de la exigencia de la solemnidad en el testamento es para que así quede constancia de cual fué la voluntad del testador y tener a disposición una eficiente prueba preconstituída y además siendo como es el testamento un acto de tanta importancia por la trascendencia que opera en el campo de lo jurídico, la ley lo rodea de solemnidades.--

D) EL TESTAMENTO COMO ACTO REVOCABLE.-- La persona que otorga testamento tiene la facultad de revocarlo total o parcialmente mientras viva, pues la ley salvadoreña , Art. 998 C. -- inc. 1º: dice:"Todas las disposiciones testamentarias son ESENCIALMENTE REVOCABLES, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas...."

En el testamento todo es incierto, hasta la muerte del testador que pone fin a la revocabilidad del testamento.-- La revocabilidad es una de las notas más características del testa--

mento es típica en ellos y nuestro código como ya lo vimos, la considera "esencial" aunque hallemos otros casos de revocación en el mismo; así en el Art. 1113 C. se refiere a las donaciones revocables; en el Art. 1320 C. a la revocación de la estipulación que se hace a favor de tercera persona; en el Art. 1925 C. a la revocación que puede hacerse por el mandante de su mandato, etc.--

Debemos entender por REVOCACION TESTAMENTARIA, la pérdida total o parcial de los efectos de un testamento, por el cambio de voluntad del testador, manifestado en otro testamento posterior.--

El Código ha considerado importante la revocación del testamento, que le dedica todo un Título, el VI del Libro Tercero del Código Civil, pues aunque pequeño -no comprende más que cuatro artículos- son de muy sustancioso contenido.--

La revocación puede ser total o parcial, según el nuevo testamento deje sin efecto todas las disposiciones anteriores o sólo lo haga en determinadas partes.--

El caso de la revocación expresa se dá cuando el testador manifiesta de manera terminante en el nuevo testamento, que revoca total o parcialmente el anterior testamento.-- La revocación tácita opera cuando se hace un nuevo testamento -- sin hacer mención del anterior, pero sí, incompatible o contrario a él; el Art. 1145 C. dá a entender cómo opera esta clase de revocación en nuestra ley al decir: "Un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores".--

Los testamentos posteriores que expresamente no revoquen -

los anteriores, dejarán subsistentes en éstos las disposiciones que no sean incompatibles con las anteriores o contrarias a ellas".--

Debe tenerse siempre presente, que la revocación es el medio apropiado, el camino legal, para declarar sin efecto un testamento y que siempre deberá hacerse en otro testamento para que valga.--

Por tal razón la revocación es una disposición mortis causa o sea de última voluntad y como tal, debe revestir todas las solemnidades del testamento; por eso ya dijimos que no puede hacerse la revocación si no es por testamento y sólo en él.--

De todo el contexto legal relativo a la revocación del testamento, se deduce que la facultad que tiene el testador de revocar el testamento es de orden público, se ha impuesto siempre y ha sido en todo tiempo reconocida, de otra manera no podría corresponder a la última voluntad del causante ordenar -- sobre el patrimonio que tiene a su disposición.--

E) EL TESTAMENTO COMO ACTO DE LIBERALIDAD Y GRATUITO.- EL testamento es un acto de liberalidad, puesto que el causante quiere favorecer a sus herederos y legatarios.-- Así que en toda disposición testamentaria campea y se presume el "ánimo de favorecer".--

En ciertos casos consideran algunos dudoso que el testamento sea un "negocio gratuito" ya que puede a veces no recibir el heredero incremento alguno.-- Técnicamente el testamento es un acto gratuito, ya que en ese caso dudoso de no recibir

el heredero incremento patrimonial alguno, puede muy bien aceptar la herencia con beneficio de inventario y evitar así ese sacrificio patrimonial al adquirir la herencia.--

DECLARACIONES EXTRAPATRIMONIALES HECHAS EN LOS
TESTAMENTOS

Son Derechos Patrimoniales aquellos admitidos en el comercio y consiguientemente por el ordenamiento jurídico como valores fungibles, lo que se manifiesta por su transmisibilidad y mediatamente por su heredabilidad.-- Las disposiciones sobre el patrimonio del causante forman el contenido más importante de los negocios jurídicos a causa de muerte, no siendo necesario que las disposiciones a causa de muerte hayan de ser exclusivamente patrimoniales.-- No hay inconveniente en admitir que las disposiciones no patrimoniales pueden ser establecidas en un testamento y ello independientemente de si el instrumento contiene o no, otras disposiciones patrimoniales, puesto que si la ley permite otorgar aquellas en testamento, lo que requiere es la forma testamentaria y no la disposición de bienes; además sería injusto subordinar la validez de las declaraciones no patrimoniales a la existencia de las de índole patrimonial en el testamento.--

Junto a las declaraciones de naturaleza patrimonial o sin necesidad de su acompañamiento, en el testamento cabe otorgar declaraciones no patrimoniales que no suponen disposición de bienes, tales como: nombramiento de partidores y determinación de sus facultades.- Art. 1203 C.; Particiones Testamentarias. Art. 1197 C.; nombramiento de guardadores, Art. 373 Inc. 2º C reconocimiento de hijo natural, Art. 280 C.; relevación de prestar fianza del tutor o curador testamentario Art. 399 C; la

simple revocación de un testamento anterior; manera de cómo - deben celebrarse sus funerales; de la destrucción de papeles privados; instrucciones sobre la alimentación y educación de los hijos, etc.-- La mayoría de estas declaraciones extrapatrimoniales, que nada tienen que ver con la disposición de los bienes, son de carácter familiar, religioso y en cierto sentido, social.--

Hay autores que distinguen entre el testamento PERFECTO, - el cual exige que la voluntad del testador se manifieste en - la esfera patrimonial con disposición de bienes para después de su muerte; y el ACTO OTORGADO EN FORMA TESTAMENTARIA, SIN DISPOSICION PATRIMONIAL, el cual será válido y producirá los efectos correspondientes a las declaraciones que contenga.--

El caso corriente es, que en el testamento junto a las disposiciones relativas a los bienes, el testador hace declaraciones de naturaleza extrapatrimonial; el problema se suscita -- cuando el testador en el testamento establece estas consideraciones extrapatrimoniales, sin hacer ni siquiera mención a -- sus bienes que forman su patrimonio, al momento de testar.---
~~En~~ doctrina se discute aún y entienden unos autores, que si - en el testamento el causante no establece ninguna disposición relativa a sus bienes, ese acto no puede llamarse testamento; otros por el contrario dicen que puede perfectamente el testador hacer las estipulaciones que tenga por convenientes sin - ordenar nada relativo al patrimonio, sería reducir la naturale-

za del testamento a una pobre consideración -exigir la distribución de unos bienes- máxime teniendo en cuenta que hay muchas personas que por carecer de bienes, estarían totalmente privados de la facultad de testar.-- En nuestra ley, me parece que carece de valor tal discusión , por cuanto que al no disponer una persona en el testamento nada sobre sus bienes éstos quedarían sujetos a las reglas de la sucesión intestada, siendo en consecuencia una sucesión mixta: parte testada, que contendría las declaraciones de carácter extrapatrimonial y la intestada, a que quedarían sujetos sus bienes herenciales.- Además del contexto del Art. 996 C. que define lo que es el testamento, se deduce que puede un testamento no contener nada relativo a transmisión de bienes y no dejar por eso de ser testamento; la Comisión autora del proyecto que dió origen a las reformas de 1902, al respecto se expresó de la manera siguiente: " Por otra parte, si bien es verdad que el objeto principal de los testamentos es disponer de los bienes, no DEBE OLVIDARSE QUE PUEDEN TAMBIEN CONTENER OTRA CLASE DE DISPOSICIONES, como el reconocimiento de hijos ilegítimos o el nombramiento de tutores o curadores, y que si la declaración de la última voluntad de una persona se redujera a hacer tales reconocimientos o nombramientos sin decir nada de sus bienes, no por eso dejaría de ser testamento....."

EFFECTOS PRODUCIDOS POR EL TESTAMENTO EN VIDA DEL CAUSANTE

No hay que entender que el testamento sea un acto imperfecto hasta que muere el testador; por el contrario, se perfecciona desde el momento en que se otorga; la muerte del testador no le dá validez al testamento, sino que simplemente señala el momento, LA HORA CERO podíamos decir gráficamente, desde la cual produce efectos jurídicos.-- Por eso es que la capacidad de testar se requiere sólo al tiempo de otorgar el testamento, que no tiene que ser afectado por el dolo posterior a su perfección, ni por cambio de leyes que modifiquen su regulación, desde luego que la ley no tiene efectos retroactivos.--

A pesar de lo dicho y como excepciones, por que no destruyen el carácter MORTIS CAUSA del acto testamentario, hay casos en que el testamento produce efectos INTER VIVOS, es decir en vida del causante y antes de su fallecimiento, tales como el caso contemplado en el Inc. 3º del Art. 998 C. que dice: "El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo".-

No se considera el reconocimiento como un beneficio del padre hacia el hijo sino como una obligación; y una vez que queda constancia de manera auténtica respecto al estado civil del hijo, no puede privársele del mismo por ningún motivo ni mucho menos por la voluntad del padre, aunque se manifestare en otro testamento posterior, ya que el estado civil una vez --

se adquiere, crea una situación jurídica inamovible.-- El otro caso excepcional está contemplado en el Art. 1117 C. que dice: "Por la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las obligaciones de usufructuario".-- Ahora bien: para el Código nuestro, donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable y en el Art. 997 C. dice: "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".-

Fuera de estos casos ya mencionados, todo testamento es revocable siempre que lo cambie la voluntad del testador.-- La voluntad mortis causa es última voluntad y mientras no termina la vida, puede cambiarse cuantas veces el testador quiera; la última será siempre y en todo caso la valedera.-- Debe considerarse que el testamento representa siempre la última voluntad del causante cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido desde que fué otorgado por él, hasta su muerte, pues la ley estima que mientras el testador no revoca su testamento, éste se considera el último.--

La cláusula testamentaria en que se haga una declaración -- referente al reconocimiento de un hijo ilegítimo, como hijo natural del causante, considerada como una excepción "humanitatis causa" al carácter de revocabilidad del testamento, en --

realidad no la es, por que con el reconocimiento aludido no se trata de ninguna disposición de bienes, sino de una manifestación que puede hacerse en la forma testamentaria acompañada o no, de cláusulas sobre disposición de bienes.--

CONCEPTO DE LIBRE TESTAMENTIFACCION

TESTAMENTIFACCION es la facultad que tiene una persona de disponer de sus bienes por medio del testamento.--

Don Luis Claro Solar nos dice al respecto: "La habilidad para disponer de sus bienes por causa de muerte es llamada - testamentifacción, testamentifaccio.-- Esta expresión corresponde propiamente a la facultad de testar; pero los tratadistas la aplican también a la habilidad para adquirir bienes - por sucesión hereditaria y 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 -- causa de muerte.-- De la testamentifacción pasiva goza toda -- persona que es capaz y digna de heredar"....."Por lo de-- más las dos capacidades de testar y de recibir por testamento no son siempre correlativas.-- Así hay muchas personas inca -- paces de testar que pueden ser instituidas herederas o lega -- tarias como los impúberes, los dementes o locos".--

La testamentifacción puede estar restringida y puede ser -- libre; en consecuencia, hay dos sistemas de testar: el SISTE -- MA RESTRINGIDO, que consiste en que el testador no tiene facultad de disponer libremente de todos sus bienes a favor de los herederos que quiera, sino que tiene que reservar una -- parte de los bienes para ciertas personas que la ley desig-- na -de ahí el nombre de legítimas con que se conoce este sis -- tema- y el sistema de la LIBRE TESTAMENTIFACCION, que es ---

cuando el testador designa a su arbitrio a sus herederos y legatarios y dispone de sus bienes entre ellos con absoluta libertad y sin restricción alguna, en la forma que le parezca--
más conveniente.--

DE LA LIBRE TESTAMENTIFICACION EN LA LEY SALVADOREÑA

Hasta antes del 4 de agosto de 1902, fecha en que se decretaron amplias y memorables reformas de principio de siglo, existían en nuestra legislación, tratadas en título aparte y en su lugar correspondiente que era el Libro Tercero del Código Civil LAS ASIGNACIONES FORZOSAS, así denominadas por que el testador - estaba obligado a hacerlas en su testamento y si no las hacía, - la ley las suplía con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, eran ellas:

- 1º.- Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;
- 2º.- La porción conyugal
- 3º.- Las legítimas; y,
- 4º.- La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos

Fácil es comprender que con tal sistema de herederos obligados de una persona, el margen que tenía ésta para disponer libremente de sus bienes, de dejárselos a quien quisiera, era -- muy poco en esas leyes de entonces.--

Las reformas hechas en la fecha ya mencionada, dieron al -- traste con instituciones que amparaban al sistema de las Legítimas y Mejoras, suprimiéndolas juntamente con la Porción Conyugal, poda beneficiosa y fructífera que dió lugar a que se ampliara más la parte dispositiva de bienes de que disponía el -- causante, iniciándose así entre nosotros, el sistema de la Libertad de Testar, sistema sucesoral preferible por ser más con

forme con el derecho y con la naturaleza de las relaciones de familia.-- Pero esa libertad de testar no quedó establecida de manera absoluta e irrestricta, ya que quedó vigente la asignación forzosa relativa a: "Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas".--

El inciso segundo del Art. 996 C. data su vigencia desde el 4 de agosto de 1902 y establece que: "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 halla sujeto su patrimonio con arreglo a la ley".--

La Comisión autora del proyecto que dió lugar a la reforma mencionada se expresó así:

"La Comisión introduce en el inciso 2º de este Artículo (actual inciso 2º del Art. 996 C.) 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 se 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 testamentifacción, consecuencia de la propiedad, debe ocupar el lugar que legítimamente le corresponde en nuestras --

Prospectiva in naturalista.

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 mentenido las restricciones legales que ahora se suprimen.-- La ley queda garantizando los alimentos cóngruos 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, obedeciendo a los sentimientos más naturales del corazón humano, pero de ahí a 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 sólo éste puede apreciar debidamente las diversas condiciones y situación de los miembros de su familia, para hacer la distribución conveniente; y aunque 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 mismos un modo de vivir independiente o bien para impedir que, bajo la esperanza de la herencia, se abandonen a la disipación o entre en especulaciones aventuradas".--

A juicio del legislador de 4 de agosto de 1902, se establecía la libertad de testar en el país, dejando vigente solo u-

na restricción a ella que quedaba contenida como única en el Título destinado a las Asignaciones Forzosas y era la referente a la Asignación Forzosa Alimenticia.-- La misma Comisión antes indicada, razonando esta reforma de dejar vigente como asignación forzosa, la asignación alimenticia, se expresó de la siguiente manera: "De acuerdo con el pensamiento de conciliar los derechos de la propiedad, que han obligado a la Comisión a consignar la libertad de testar, con el cumplimiento de los deberes para con la familia y juzgando que a los descendientes, ascendientes y cónyuges, por sus íntimas relaciones de parentesco con el testador debe asignárseles una porción de los bienes de éste, no sólo suficiente para atender a las necesidades más perentorias, según su posición social, sino también el rango del difunto y a su posición pecuniaria, que quizás han contrubuido a formar, la Comisión ha designado prudencialmente un tercio de la masa hereditaria, para que se distribuya por iguales partes entre aquellas personas, con derecho de acrecer:....." 2)

Por reforma posterior publicada el 21 de junio de 1907, el título que decía: "DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS", quedó con la siguiente denominación: "DE LAS ASIGNACIONES ALIMENTICIAS" -- comprendiendo únicamente un largo artículo, el 1141 C. actual, quedando desterradas del Código para siempre las asignaciones forzosas como consecuencia del recién establecido sistema de

la libre testamentifacción que nació de la supresión, como ya vimos, de la Porción Conyugal, las Legítimas y Mejoras y por aparte de la acción para pedir la Reforma del Testamento.-- Refiriéndose al Capítulo relativo a la Reforma del Testamento.-- dice el doctor Belarmino Suárez, que: "Este capítulo no figura en la edición de 1904, por haber sido suprimido en armonía a reformas anteriores, relativas a la libertad de testar".--

importante
Como hemos visto, desde el año de 1902 se le dió cabida en la legislación civil a la libertad de testar, solamente que no quedó establecida de manera amplia y absoluta sino que en las mismas leyes civiles, tomando en consideración los intereses de familia, se estatuyeron restricciones a dicha libertad, que en consecuencia le quitan tal carácter de libre al ejercicio de dicha potestad.-- Por que, llamarla libertad restringida, es caer en contradicción, ya que el concepto, o más bien la idea de libertad, no se concibe a medias, excluye cualquier restricción y el Art. 1141 C. es una limitación y constituye un valladar opuesto a la libertad de testar, juntamente con lo preceptuado por el Art. 996 C. inc. 2ª.--

No contento el legislador con referirse a la libre testamentifacción en las leyes secundarias, con las restricciones establecidas por las mismas y a pesar de la oposición, en el mismo seno de la Asamblea Constituyente, de que la libre testamentifacción no debe existir como constitucional, elevó dicho principio al rango de constitucional y así quedó colocado en el Art. 173 de la Constitución de 1950, que en su parte final, --

relativo a la libre testamentifacción en la Constitución y dice así:

"El bachiller Rubio no creyó conveniente que quede elevado al rango de constitucional la libre testamentifacción. Esta -- existe aquí desde hace mucho tiempo en la ley secundaria; no -- es preciso que quede estatuido en leyes constitucionales. El -- bachiller Rubio explica el sistema que faculta al,poseedor de bienes a disponer de una parte de ellos conforme le plazca, -- dando otra parte de ellos,la llamada legítima, a los parientes cercanos; y dice que si dentro de algunos años el sistema que está como precepto constitucional quiere cambiarse, no se podría por estar ya en la Constitución; y hay quienes creen, dijo, que el otro sistema es más justo.-- Se ha visto a personas que han dejado su fortuna a otros y que no han dejado nada para sus hijos y estos es injusto; por eso es mejor que el legislador ordinario vea la conveniencia, sin que el precepto quede en la Constitución".--

"Salazar le explicó que la Comisión considera que los hijos están suficientemente garantizados por el principio que establece la obligación de los padres de darles alimentación, vestido, educación . conforme su condición social y económica; lo cual -- significa EL DERECHO DE LOS HIJOS DURANTE VIVA EL PADRE DE ELLOS, estarán así, PERO YA MUERTO EL, PUEDE DEJAR SUS BIENES A QUIEN QUIERA y fuera de ello, toda otra cosa que pudiera hacerse, la Comisión considera que es un abuso SI UNA PERSONA -- QUIERE DEJAR SUS BIENES A LA GENERALIDAD, SIN LA LIBRE TESTA --

MENTIFACCION, NO PODRIA HACERLO, PORQUE VENDRIA EL DERECHO DE LOS PARIENTES A TRATAR DE HEREDAR".-- Así pues, la obligación primaria de dar alimentos cóngruos a los hijos queda garantizada en el Código, pero ya la cuestión de heredar, satisfecha esta obligación ya es cosa del testador que puede dejar sus bienes por quien sienta afecto y crea que merece dejarle sus bienes y acaso ésto evite el fenómeno de la desheredación que produce ignominia en las familias de donde -- surgen abusos que perjudican a esas familias".--

En otra parte de la misma publicación y a fojas 183, dice: lo siguiente: "La redacción del Artículo tal como está en el proyecto fué defendido por los doctores Mario Héctor Salazar, Alvarez, Romero Hernández y Munguía y el Representante Alas. Después de la discusión fué puesto a votación el artículo y -- aprobado por mayoría de votos.....".--

La conclusión a que se llega, después de lo anteriormente -- expuesto, es que el espíritu o más bien la intención de los -- constituyentes del año 1950, fué sin lugar a dudas, dejar establecida en forma absoluta y sin traba alguna, la libre testamentifacción en El Salvador, si no hubiera sido para eso, es decir, para establecer la libertad de testar de manera absoluta, no hubiera habido necesidad que se refirieran a ella, mucho menos en la Constitución, para dejarla como estaba.--

El sistema de la libertad completa, sin reservas ni limitaciones de ningún género está establecido en países adelanta-

dos como Inglaterra y Estados Unidos.-- Don Andrés Bello, sabio redactor del Código Chileno, conoció a fondo el sistema inglés, por haber pasado muchos años de su juventud en Inglaterra y lo consideraba muy superior; decía: "En el establecimiento de las legítimas, la filosofía no parece estar de acuerdo con la legislación. En el corazón de los padres tiene el interés de los descendientes una garantía mucho más eficaz que la protección de la ley; y el beneficio que deben estos alguna vez a la intervención del legislador, es más que contrapesado por la relajación de la disciplina doméstica, -- consecuencia necesaria del derecho perfecto de los hijos sobre casi todos los bienes del padre.-- Así vemos que ni aún las legítimas fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas, se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica.-- Las legítimas no son en la mayor parte de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América conocidas y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres o procurados con más ansias la educación y establecimiento de los hijos.... Cuanto más suave el yugo de las leyes, más poderosa es menester que sea la venerable judicatura que la naturaleza confiere a los padres".-

Desgraciadamente en la actual constitución de 1962, se ha dejado intacto el Artículo relativo a la libertad de testar tal como aparece en la Constitución de 1950, habiéndose perdido en consecuencia, la oportunidad de hacerle las reformas -

convenientes que indican el buen sentido y la razón; se vé que ha persistido la idea del legislador en no restringir tal libertad, muy a pesar de las unánimes opiniones externadas en su contra por nuestros más distinguidos juristas en la Primera Convención Nacional de Abogados celebrada del 2 al 9 de marzo de 1957, con ocasión del Centenario de la Promulgación del Código de Procedimientos Judiciales.--

Fué el patriarca del Foro Salvadoreño, doctor Enrique Córdova, destacado maestro como reconocido jurista, quien al presentar en dicha convención su ponencia titulada "La libertad de Testar y las Asignaciones Forzosas", dá a entender en dicho trabajo que las asignaciones alimenticias comprendidas en el Art. 1141 C. son inconstitucionales, cuando dice: "En la actualidad la libre disposición por causa de muerte, está elevada a la categoría de principio constitucional absoluto, -- sin reservas.-- Entonces ya no es valedera la excepción de ese principio establecida en el Art. 1141 del Código Civil a favor de los alimentarios, en el grado extenso en que se encuentra.--

En el Cónclave jurídico ya mencionado, se oyeron como ya se dijo, las opiniones de nuestros más connotados jurisconsultos sobre el tema propuesto por el doctor Córdova; reconocieron que, tal como está el Art. 1141 C., está mal redactado y tiene muchos defectos, que hay que corregir por que se presta a abusos que se han cometido extralimitándose en --

en el ejercicio de la acción de los litigantes y en el arbitrio judicial los jueces al establecer la cuota alimenticia -- que tratándose de herencias cuantiosas, se vuelve tremenda -- mente exagerada; y pidieron que la Convención se pronunciara en el sentido de que se regulara de la mejor manera la acción de reconocimiento de hijos naturales, que no se restrinja el derecho de petición de alimentos y que las asignaciones alimenticias a las cuales es obligado un testador, no contravienen en ninguna forma la libertad de testar.--

La Comisión de Trabajo nombrada para estudiar la ponencia -- del doctor Córdova, no dictaminó nada sobre el punto planteado por él, de si la obligación impuesta en el Art. 1141 C. es una asignación forzosa y si siendo forzosa es o no constitucional, sólo se limitó a decir que la Honorable Convención -- debe recomendar a la Comisión de Legislación respectiva , que tome en cuenta la ponencia.-- Tampoco resolvieron el punto planteado por el doctor Córdova, los abogados que tomaron la pa labra para externar sus opiniones, más bien aprobaron una moción del doctor Brannon, a fin de que en vista de la comple -- jidad del problema jurídico planteado, no se pronunciaran sobre el fondo de la ponencia del Dr. Córdova, sino que se nombrara una Comisión emanada del mismo seno de la Asamblea de -- Convencionales, para que hicieran el estudio y propusieran -- el proyecto que se recomendaría a los poderes públicos.--

La Comisión fué nombrada y quedó integrada por cinco miem-

bros y parece que hasta plazo se les puso para que entregaran un nuevo informe.--- De esta manera se evadió temporalmente la solución del problema jurídico planteado, posponiéndolo para después.--

El doctor Córdova en el trabajo que presentó a la Convención vislumbra la solución del problema jurídico por él planteado, cuando dice: "Con buena lógica se puede sostener, sin embargo, que cabe la interpretación que se le pueda enmendar la plana al testador, cuando se olvide de las vinculaciones de familia que la Constitución protege en el Artículo 180...." y más adelante continúa diciendo: "El Título XI de nuestra Constitución vigente, de amplios mirajes, debe ser rectamente interpretado por los especializados en Derecho Civil, que preparen la reforma de nuestro Código, para establecer el EQUILIBRIO ENTRE INTERESES OPUESTOS QUE EL DERECHO GARANTIZA".--

La sugerencia del doctor de buscar la solución de la cuestión en la misma Constitución, me parece un acierto.-- Los intereses opuestos a que él se refiere y que la Constitución garantiza, son por un lado, el derecho de libre testamentifacción establecido en el Art. 173 y por otro lado en el Art. 180, la protección de la familia, la protección y asistencia de la maternidad, de la infancia y del derecho que tienen los menores a su educación y asistencia.-- Ubicado este Artículo 180 en Título XI que trata "DEL REGIMEN DE DERECHO SOCIALES", dice así:

"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, para fomentar el matrimonio, y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia.-- El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.--

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y GARANTIZARA EL DERECHO DE ESTOS A LA EDUCACION Y A LA ASISTENCIA.-- La delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial".-

Como se vé, la solución de la cuestión no es sólo civil, sino que atañe también a lo social.-- Es inconcebible como la Constitución de 1950, calificada de avanzada social, ha dado cabida en su articulado, de manera intencional, al derecho de testar sin restricciones, con perjuicio de las obligaciones alimenticias ya reconocidas por la ley a favor de los hijos y parientes cercanos.--

Tenemos frente a frente dos disposiciones constitucionales que se oponen; se hace necesario que una de ellas ceda ante la otra, para seguridad de la convivencia social que el derecho garantiza y es natural que tiene que ceder aquella que sea de inferior categoría; y esa será, aquella que tutele un bien jurídico de menos valor; y como de conformidad con la Jerarquía de los Valores, la Justicia es el valor central en torno al cual se organizan y giran los demás valores, incluso

el valor de libertad, ya que el valor justicia no puede ser reducido a ningún otro, por que es ella la que ordena la convivencia humana y por eso se consubstancia al bien común.--

El derecho realiza los valores jurídicos, con preferencia el de justicia, procurando dar a cada quien lo suyo, haciendo posible la vida en sociedad, garantizando los intereses de la colectividad y supeditando el interés individual al del grupo o sea al bien común.--En conclusión: LA JUSTICIA, valor que inspira el contenido de los Artículos Constitucionales 180 y 181, es un valor supremo y está sobre el valor LIBERTAD, que sirve de fondo a la disposición también constitucional del Art. 173 que establece la libertad de testar.--

En otro orden de ideas, el derecho a testar con libertad, estatuido primeramente en las leyes civiles y después en la Constitución, es una institución de origen legal, la ley la ha creado como consecuencia y complemento de los derechos de libertad y propiedad o dominio, considerado éste último como un derecho absoluto, ahora disminuido como tal, a causa de las ideas socializantes que han adquirido carta de ciudadanía en la misma Constitución que en su Art. 137 inciso primero dice: "SE RECONOCE Y GARANTIZA LA PROPIEDAD PRIVADA EN FUNCION SOCIAL"; se ha discutido en nuestro medio sobre la inconveniencia de dejar establecido el principio de la libre testamentifacción como constitucional, ya que mejor hubiera sido que quedara sólo en las leyes secundarias.-- En --

cambio, los derechos tutelado por los Arts. 180 y 181 de la Constitución, no son de creación legal, la ley sólo les reconoce su existencia, ellos derivan de la naturaleza, tienen el carácter de primordiales y básicos por ser la familia el fundamento de la sociedad y el lugar que ocupan estos derechos en la Constitución, es correcto y apropiado.-

Por todo lo expuesto y haciendo uso de una simple interpretación lógica, se llega a la conclusión de que: los Arts. 180 y 181 del Título XI de la Constitución de 1950 que tutelan derechos de índole social, tienen aplicación preferente sobre el Artículo 173 de la misma, que ampara el derecho de libre testamentifacción; y en consecuencia, este Artículo constitucional no interfiere a la obligación legal impuesta en el Art. 1141 C. relativa a las asignaciones alimenticias.--- Esta obligación alimenticia existiría, aún en el caso de que no existiera el Art. 1141 C., pues le basta estar consignada en la Constitución, ya que las leyes secundarias no hacen más que desarrollar y reglamentar los principios y derechos establecidos en la Carta Magna.-- Ahora bien, es importante que esta obligación de dar alimentos exista al momento de morir el causante (testado o intestado) aunque no se hubieren reclamado en vida de él, pues la transmite a sus herederos, teniendo en consecuencia los alimentarios, derecho a reclamarlos legalmente a la sucesión.- Y he dicho que esta obligación existiría aún en el caso de no existir el Art. 1141 C. por que este Artículo sólo se refiere a las sucesiones -

testamentarias por hacer alusión expresa al testamento y a pesar de eso, la Jurisprudencia y la práctica judicial le han hecho extensiva su aplicación a las sucesiones intestadas ya que la situación jurídica de los alimentarios en la sucesión intestada es la misma que la de los alimentarios en la sucesión testamentaria, puesto que en éstas, cuando el testador no asigna los alimentos que está obligado por ley en su testamento, es al Juez quien toca hacerlo, caso de reclamarlos el interesado.-

CONVENIENCIA DE TESTAR

A la muerte de una persona pueden ocurrir tres situaciones según haya testado: disponiendo del total de sus bienes, sólo haya testado sobre una parte de ellos o que no haya otorgado testamento alguno.-- En el primer caso, la sucesión será testamentaria y deberá cumplirse con la voluntad del testador, claramente manifestada en el testamento; en el segundo caso, la sucesión por ser mixta, se regirá la parte testada por el -- testamento y la parte de los bienes excluidos o no comprendidos en el testamento, sea por intención u olvido del causante se regirán por la ley; y en el tercer caso, en ausencia absoluta de testamento, la sucesión se regirá exclusivamente por la ley, será una sucesión intestada.--

Para la ley, lo normal es que haya testamento; lo excepcional es que no lo haya; en realidad, no forza ni obliga a :-- nadie a testar, aunque la regla general es que se otorgue testamento.-- La ley quiere que se teste, ya que es preferible -- una manifestación expresa de la última voluntad en el testamento, que andar averiguando cual ha sido la voluntad tácita del causante.-- Si la ley establece el testamento, es con el fin de que todos testen.--

No se debe olvidar que la voluntad, requisito esencial -- (el consentimiento es un concurso de voluntades) -- en todo acto o contrato, adquiere importancia fundamental y mayor re--

levancia en el testamento, por que en éste, la voluntad libremente manifestada por el testador es su base fundamental.-- La ley garantiza esta manifestación de voluntad del testador, -- exigiendo el cumplimiento de solemnidades para el otorgamiento del testamento, estableciendo incapacidades e indignidades para suceder, contra aquellas personas que atentan contra ella y anulando las disposiciones testamentarias cuando fueren factores extraños los que se oponen a la libre manifestación del testador, que debe ser espontánea y exenta de vicios.--

La conveniencia de testar estriba en las ventajas que se deducen de hacer testamento para el mismo testador y también para sus herederos.--

En primer lugar para el testador, por que sólo mediante el testamento puede dar a conocer su voluntad de manera expresa y solamente así puede asegurarse que surtan efectos, después del suceso de su muerte, sus disposiciones de última voluntad contenidas en el testamento y relativas a su patrimonio.-- La única manera de ejercitar el derecho de testar, es otorgando testamento.--

En todo caso, será conveniente testar para toda persona -- siempre que, de no hacerlo, le quedan sus bienes a personas -- que él no quiera dejarles nada o que quiera favorecer de otra manera o en menor proporción que la establecida por la ley -- para las sucesiones intestadas, ya que las herencias intestadas son herencias mal interpretadas, dado el carácter de generalidad de la ley, jamás llegará ésta a perfeccionarse al --

grado de que interprete fielmente la voluntad del causante siempre será preferible por ello que se otorgue testamento.--

Un ejemplo sencillo hará resaltar dicha conveniencia: Un padre de familia que quiere dejar a sus hijos la nuda propiedad de todos sus bienes y a su cónyuge el usufructo de los mismos de por vida, se verá en la necesidad de testar, tendrá irremisiblemente que recurrir al testamento, ya que de no hacerlo, cuando muera, su sucesión será intestada y de conformidad con las reglas de ésta, serán sus herederos por partes iguales: sus hijos legítimos, sus padres y su cónyuge; como este ejemplo hay muchos.-- De manera que la voluntad de este padre de familia, para que se cumpla, no le queda otra alternativa que testar y disponer a su gusto de sus bienes.-- Por eso el no testar, a veces, es muestra de irresponsabilidad principalmente cuando los posibles herederos son menores de edad o incapaces; la ley con el testamento, dá a las personas el medio de poder disponer detalladamente en todo lo relativo a la asistencia, instrucción y educación de los herederos, si son menores o incapaces, así como en todo lo relativo a la administración de sus bienes que les deja, para evitarles pérdidas y protegerlos contra abusos de personas que puedan perjudicarlos.--

Así, usando del testamento una persona, a más de disponer de sus bienes, puede nombrar guardadores, sea tutor o curador, según el caso, a los menores de edad o a los mayores de edad que se hallen en estado de demencia o son sordomudos que no

entienden ni se dan a entender por escrito (Arts. 374 y 375 C) puede hacer el nombramiento de partidor de los bienes que deja (Art. 1203 C.) puede hacer la partición en testamento de sus bienes a fin de evitarles a los herederos dificultades, atrasos y gastos (Art. 1197 C), puede hacer el reconocimiento de hijos naturales; puede nombrar curador para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer (Art. 376 C) etc.--

Además los derechos de Acrecimiento y Sustitución que establece la Ley sólo PARA LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS, son instituciones que ofrecen alguna utilidad: el primero que tiene lugar cuando: "Destinado un mismo objeto a dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta a las porciones de los otros, se dice ACRECER a ellas (Art. 1123 C.).-- Al acrecimiento se le considera como una interpretación de la voluntad del causante; la segunda o sea la SUSTITUCION (Art. 1133 C), opera cuando en el testamento se designa a una persona para que reemplaze al asignatario que no acepte o que, antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento anterior al del causante o por otra causa que extinga su derecho eventual.--

El Testamento y el Seguro para Casos de Muerte, tienen de común que dependen de la MUERTE DEL TESTADOR en el testamento

y la del asegurado en el CONTRATO DE SEGURO; el testamento tiene carácter gratuito y el Seguro tiene esta gratuidad desde el punto de vista del beneficiario; el Testamento contiene una liberalidad a favor de los herederos y en el contrato de Seguro, EL ANIMO DE FAVORECER, es con respecto al tercero beneficiario, quien puede no tener interes en la vida del asegurado, incluso puede desear su muerte, como un beneficio económico; ambos, Testamento y Seguro de Vida para Caso de Muerte, tienden generalmente a proteger la familia, casi siempre con estas instituciones se favorecen a los parientes cercanos; pueden subsistir a la vez y no se excluyen ni interfieren, puede haber Testamento y Seguro a favor de las mismas personas, ambos son medios de previsión y prudencia; en consecuencia: tan conveniente es testar, como conveniente es asegurarse por causa de muerte.-- Las Compañías de Seguro se han preocupado en presentar planes ventajosos para todas las capacidades económicas, a fin de que todos disfruten del seguro, a la par se le hace una propaganda divulgativa; aquí en nuestro país hay varias compañías Aseguradoras, tanto nacionales como extranjeras; de esa manera el seguro se encuentra generalizado.---Ahora, dada la educación de las personas al respecto, nadie se molesta por que se le insinúe que se asegure a favor de los seres que de él dependen; si tiene capacidad económica de ahorrar un poco, lo hace y si no, espera la oportunidad de hacerlo; pero no se niega la conveniencia de hacerlo; en cambio si se trata de sugerir a alguien que mejor teste, contestará la mayor de las veces, que por de pronto no lo hará por que no se está muriendo to-

davía, que talvez después.--: La poca ocurrencia del testamento se debe a la ignorancia y la incipencia de los conocimientos jurídicos elementales por parte de personas que muchas veces está en el imperativo de testar.--

Pero no se crea que sólo es la ignorancia la causa de que no se teste, es también el ingenio de quienes en un afán de evadir el pago del impuesto sucesoral buscan la manera de arreglar sus cosas de modo que logran esquivar el pago total de dicho impuesto o consiguen una disminución del mismo; por ejemplo: una persona vende todos sus bienes a otras, para luego con el dinero así obtenido hacer compras de otros bienes a favor de sus hijos como nudos propietarios y él adquiere el usufructo de estos bienes; ahora, si no quiere que los bienes salgan de la familia, entonces para evadir el impuesto de donación, hay un camino que dá la misma Ley de Impuesto de Donación en su Art. 4 número 1 y es el siguiente: se consigue una persona de confianza que sirve de interpósita y a ella se le venden todos los bienes por parte del padre de familia, al pasar un año de la fecha en que la interpósita persona lo adquirió, ésta se los vende a los hijos del que le vendió a ella, entonces no se cobrará impuesto de donación.-- En ambos casos el padre de familia al carecer de bienes sobre los cuales disponer por testamento por haberlos ya vendido, no tiene necesidad de testar.--

Antes era fácil evadir impuestos sucesorales y de donación lo que dió lugar a varias reformas que se han dado para poner coto a tales infracciones de leyes fiscales que tanto perjudicaban a la hacienda pública y que en consecuencia, hacían innecesario el uso de testamentos por desprenderse los evasores de todos sus bienes y así morían sin poseer bienes que testar.--

Hay casos en que aunque se quiera testar, no se hace por carecerse de recursos, o casos en que de nada sirve testar, por estar el patrimonio con un pasivo bastante elevado y a nadie le interesará tal herencia.-- Cuando se trata de fortunas pequeñas cuyo monto no permite los gastos del testamento y los que le siguen, lo mejor es que haga donación antes de morir la persona de cuyos bienes se trata, ya que el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, exime el pago por los primeros cuatro mil colones y será en consecuencia, poco lo que tendrán que pagar si se exceden de la cantidad exonerable, pero tendrán la economía de todos los gastos que ocasionan las sucesiones Testamentarias después de muerto el testador, como veremos después, así como las ventajas y comodidades que ofrece el sistema de donación.-- Y no se crea que este sistema de Donación en vez de testamento no es recomendable, aún para herencias cuantiosas -- ofrece mejores ventajas que el testamento, es más cómodo por que evita molestias, gastos y además los bienes se aseguran -- más rápido.-- Cuando una persona otorga testamento, el costo -- del mismo, podríamos decir, es un gasto inicial; después, ya --

muerto el testador, sus herederos tienen que enfrentarse a una serie de diligencias (que antes todas ellas formaban el Juicio Universal de Testamentaria) hasta conseguir que se inscriban por traspaso los bienes del causante a favor de ellos en el Registro de la Propiedad; pero para todas esas vueltas, como se dice en el lenguaje corriente, hay que hacer gastos, se necesita dinero para Abogado, Peritos Valuadores, costas, etc. y además estar pidiendo y haciendo gestiones, ya que la justicia civil entre nosotros, es justicia rogada y no de oficio.-

Veamos el proceso de la Sucesión Testamentaria: se comienza si así lo piden desde luego, por la Aposición de Sellos sobre los muebles y papeles de la Sucesión; después, si el testamento fuere cerrado, hay que pedir que se proceda a la Apertura y Publicación del mismo y también su Protocolización; luego se siguen las Diligencias de Aceptación de Herencia Testamentaria y si se acepta con Beneficio de Inventario, hay que seguir diligencias para la Formación de Inventario y a la vez que se levanten los sellos; y al final, como si fuera poco ya con el Inventario terminado seguir las Diligencias de Partición, que al haber oposición se corre el peligro de convertirlas en juicio y para terminar con los gastos de Protocolización e inscripción en el Registro, de las Hijuelas.--

Veamos en cambio las ventajas del sistema que hemos llamado de DONAR EN VEZ DE TESTAR, que consiste en que una persona

hace donación de la nuda propiedad de sus bienes a aquellos -- que si testara, instituiría como sus herederos, reservándose -- la administración y el usufructo de los mismos bienes de por -- vida, con lo cual queda garantizado el donante en el goce y -- disfrute de los bienes hasta su muerte.-- Se siguen diligencias en la respectiva Delegación Fiscal con el objeto de pagar el -- impuesto que grava la Donación, con la ventaja para los donata rios de que lo puede pagar el donante ; una vez pagado el im- puesto, se inscriben los bienes a favor de los donatarios, en concepto de nudo-propietarios.-- Todo lo anterior en vida del do nante, así que a su muerte, se consolidará el Usufructo a la nuda propiedad, sin que para ello tengan que molestarse los do natarios, quienes ya no tienen que hacer, gestionar, ni gastar nada; en cambio en el sistema del Testamento, con la muerte del testador, a partir de ese momento, comienzan las molestias y las gestiones y talvez líos.--

La mayor comodidad, facilidad, economía y rapidez con que se restablece la situación jurídica de los bienes en el caso -- de la donación, la hacen a ésta más recomendable.-- Desde luego que, siempre y en todo caso es aconsejable asesorarse con el Notario de confianza, con el Apoderado, él será quien indique el mejor camino a seguir.--