

6
MANUEL JOSE ANGARITA

UN EX-ALBACEA INMACULADO

Y

UNA ASIGNACIÓN SECRETA

En el presente Alegato se impugna la Jurisprudencia que el respetable Tribunal de Santiago de Chile ha establecido sobre las asignaciones secretas de los testadores ; la cual se aduce como argumento de autoridad por los honorables abogados de la parte contraria, en un pleito relacionado con la sucesión testamentaria del Sr. Mauricio Uribe Santamaría.

AGOSTO DE 1906

BOGOTA

IMPRESA ELÉCTRICA. 168, CALLE 10

TELÉFONO 769



Sres. Magistrados de la Corte Suprema de Justicia

El Sr. Juan María Fonnegra, con el carácter de representante legal de la Sra. Inés Uribe, por ser su marido, promovió juicio civil ordinario contra los herederos del Sr. Francisco Soto Villamizar y su viuda, y contra otras personas, con motivo de estimar ilegales dos disposiciones testamentarias del Sr. Mauricio Uribe Santamaría, padre legítimo de la Sra. Inés, única legitimaria suya. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca dictó sentencia definitiva en tal juicio, adversa en un todo á la mencionada Sra. Inés. Por fallecimiento de ésta, sus herederos han interpuesto para ante esa Corte recurso de casación contra la sentencia, el cual ha fundado el apoderado de ellos, Sr. Dr. Emiliano Restrepo E.

Yo, Manuel José Angarita, como apoderado de la señora viuda y de los herederos del Sr. Soto Villamizar, también ocurro al mismo Supremo Tribunal á poner en evidencia la justicia moral y legal que á mis defendidos asiste, á fin de que la decisión que se profiera no les cause agravio alguno.

Sabido es que siempre que se interpone un recurso de casación, debe la Corte examinar, como cuestión previa, si es el caso de invalidar la sentencia recurrida en virtud de las causales de casación que se alegan; y si la invalida, debe proceder á dictar la que la reemplace. Así pues, en la misma exposición en que se objete el recurso por improcedente, deben aducirse las razones sobre la legalidad de la sentencia en el fondo, es decir, sobre la justicia legal que asiste á los opositores, á fin de que si se infirma la sentencia, sea favorable á ellos la nueva que se dicte. Por esto, y en obsequio de la claridad, voy á ocuparme de preferencia en daros á conocer la naturaleza de este pleito; en poner en evidencia la sinrazón de haber comprendido en la demanda á mis defendidos, y en examinar la causal de casación que respecto de ellos se alega.

NATURALEZA DEL PLEITO

Los puntos de hecho sobre que se apoyó la demanda del Sr. Fonnegra, son éstos:

El mencionado Sr. Uribe Santamaría contrajo matrimonio con la Sra. Lucrecia Barrientos el año de 1852. Hija de este matrimonio fue la Sra. Inés Uribe, esposa del Sr. Fonnegra.

Años después, los negocios llevaron á la ciudad de Ambalema al laborioso é inteligente Sr. Uribe Santamaría. La honrada y hábil dirección que este señor empleó en sus negocios, le dio por resultado la adquisición de una buena fortuna. Durante su permanencia en Ambalema, el Sr. Uribe tuvo algunos hijos fuera de su matrimonio, á quienes de hecho reconoció. Aunque su ternura para con estos hijos fue muy grande, nunca jamás desatendió los sagrados deberes que tenía para con su señora esposa é hija, quienes continuaron gozando en la ciudad de Medellín de todas las comodidades que su elevada posición exigía.

Próximo un viaje suyo á Europa, el Sr. Uribe otorgó testamento cerrado. Como los bienes que manejaba los había adquirido en sus negocios (no consta que la Sra. Barrientos hubiera aportado bienes á su matrimonio: el Sr. Fonnegra afirmó en la audiencia que la señora había aportado unos cinco mil pesos en oro), tenía la creencia de que le pertenecían íntegramente, y en ella lo afirmó el abogado bajo cuya dirección otorgó el testamento.

Al regreso de su viaje murió el Sr. Uribe, quien había dejado su testamento en poder del Sr. Soto Villamizar. Este señor lo presentó al Juzgado oportunamente para su apertura. La parte importante de él es ésta:

“El monto total de mis bienes será distribuído en la forma siguiente: las *tres cuartas partes* á mi legítima esposa Sra. Lucrecia Barrientos y á mi única hija legítima Inés, por mitad; la *cuarta parte restante*, y de la cual puedo disponer legalmente, según las disposiciones vigentes en el Estado de Cundinamarca, en donde hago este testamento cerrado, será entregada á mi albacea, Sr. Francisco Soto Villamizar, con el comunicato privado que acompaño, para que dicho albacea, bajo la responsabilidad legal, llene las formalidades que en dicho comunicato dejó establecidas.... Del monto total de mis haberes, es mi voluntad expresa que se tome la cantidad de dos mil fuertes que destino á mi albacea Sr. Francisco Soto Villamizar.”

El testador confirió, pues, al Sr. Soto dos cargos: el de Ejecutor testamentario y el de Albacea fiduciario, que se le reconocieron.

El encargo secreto de que habla el Sr. Uribe en su testamento tenía por objeto satisfacer uno de los más nobles sentimientos del corazón! El Sr. Uribe, como padre bueno y amoroso, y como hombre inteligente y recto, pues todo esto era él, creía tener sagrados deberes que llenar respecto de sus hijos no legítimos.

El juicio de sucesión se inició unos dos meses después de la defunción del Sr. Uribe; tiempo necesario para comunicarse el Sr. Soto con la Sra. Barrientos, la viuda, pues el Sr. Soto quiso explorar la voluntad de la señora respecto del cumplimiento del encargo secreto, que no era un secreto para ella. La contestación de la señora fue inmediata y expresa, en el sentido del puntual cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

Es prueba inequívoca de que tal fue la voluntad de la señora, entre otros actos de ella, de los cuales hablaré, el haber instituído al Sr. Soto apoderado suyo y de la menor, Srita. Inés, de quien era guardadora la señora.

Conocido el ánimo de la señora, el Sr. Soto procedió á la apertura del testamento y á iniciar el juicio de sucesión.

El valor de la masa de bienes inventariados ascendió á \$ 146,290. El acervo líquido á \$ 145,616.

El partidor cumplió fielmente el testamento. Destinó para las Sras. Lucrecia é Inés las tres cuartas partes del acervo líquido. A cada una le correspondieron \$ 54,606. La cuarta de libre disposición fue \$ 36,404, de la cual tomó \$ 2,000 para el legado del Sr. Soto, y \$ 34,404 para el encargo secreto. Presentada al Juzgado el acta de partición, el Sr. Soto solicitó su aprobación y el Juez la impartió. El proceso se protocolizó y el albacea fiduciario *recibió* de la Sra. Barrientos los bienes necesarios para el cumplimiento del encargo.

Tales son los hechos que sirven de base al pleito.

Hé aquí el punto de derecho.

Sostiene el demandante que el testador no pudo disponer en su testamento (y ello con las restricciones legales) sino de sus gananciales, á saber: \$ 73,145, mitad de los \$ 146,290 á que ascendió el valor de la masa de los bienes inventariados; y que los otros \$ 73,145 correspondían de derecho á la viuda, por los gananciales de ella, en razón de no haber ocurrido ninguna de las deducciones que prescriben los artículos 1834 á 1836 del Código Civil (1), de modo que el testador violó el artículo 1838 del Código citado, que previene la división del haber social por mitad entre los cónyuges.

(1) El Código Civil que en este escrito se cita es el del hoy extinguido Estado de Cundinamarca, que regía á la sazón.

No impugno estas afirmaciones, no obstante que el apoderado de la señora viuda y de la hija hizo al tiempo del inventario manifestación de todos los bienes que en él figuran, como propios del cónyuge difunto.

Sostiene también el demandante, sin razón en mi concepto, que deducidas de los \$ 73,145, gananciales del Sr. Uribe, las costas del juicio é impuesto fiscal (\$ 673), y los \$ 2,000 del legado del Sr. Soto, el residuo (\$ 70,471) correspondía *íntegro* á la señora Inés, única legitimaria del Sr. Uribe.

Fúndase este aserto en lo siguiente :

Indudablemente, dice el demandante, correspondía á la señora Inés, como única descendiente legítima, toda la mitad legitimaria (\$ 36,235), mas toda la cuarta de mejoras (\$ 18,117), cantidades que suman \$ 54,352. Muy bien.

Empero, no se detienen aquí las exigencias del demandante.

Este afirma que la cuarta de libre disposición (\$ 18,117), deducidos de ella los \$ 2,000 del legado del Sr. Soto, esto es, \$ 16,117, le correspondían también á la señora Inés; de modo que á los memorados \$ 54,352, formados por la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, debió acrecer el resto (\$ 16,117) de dicha cuarta parte libre. Nada se deja, pues, para el comunicato. El representante de la hija legítima del Sr. Uribe no le reconoce á éste, al padre de su esposa, derecho para disponer, siquiera de un centavo, en favor de sus hijos no legítimos, ni aun tomando ese centavo de la cuarta de libre disposición.

Las razones legales en que funda el demandante esta pretensión, son dos:

1.^a Razón. Se dice que el artículo 1378 del Código Civil del Estado de Cundinamarca, que es el aplicable, *prohíbe* destinar á encargos secretos más de la *mitad* de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer á su arbitrio. Es así que el testador, afirma el demandante, dispuso de toda la cuarta libre (1), luego es indudable que violó la disposición prohibitiva consignada en el mencionado artículo 1378; y como los actos ejecutados en contravención á una ley prohibitiva son absolutamente nulos, por disponerlo el artículo 7.^o del mencionado Código, es claro, á juicio del demandante, que la memorada disposición testamentaria no sólo es ilegal sino *absolutamente* nula.

2.^a Razón. En el supuesto de que el testador hubiera destinado para su encargo secreto únicamente la mitad de la

(1) Y aun de cantidad mayor, por cuanto consideró que le correspondía la totalidad de los bienes; y el partidor tomó de esa totalidad la cuarta parte para el comunicato, por ser tal la voluntad del testador.

porción libre, juzga el demandante que adolecería de nulidad absoluta la cláusula testamentaria de que se trata, por la forma en que se halla concebida, pues el artículo 1377 del Código citado establece reglas para la institución de los encargos secretos, y se lleva el rigor legal hasta disponer que la omisión de cualquiera de los requisitos en ellas establecidos invalida la disposición.

El demandante observa á este respecto que el testador no cumplió lo estatuído en la regla 3.^a del artículo 1377 citado, por cuanto no expresó la especie ó la determinada suma que debía entregarse al albacea fiduciario para el cumplimiento de su cargo.

En definitiva, se establecen varias categóricas afirmaciones, cuyo resumen me permito hacer.

Se sostiene que la disposición testamentaria del Sr. Mauricio Uribe Santamaría sobre división por mitad, entre su esposa y su hija, de las tres cuartas partes del total de los bienes es ilegal, por contraria al artículo 1838 del Código Civil, que estatuye el derecho á gananciales; y que las tres cuartas partes de los gananciales del Sr. Uribe le correspondían íntegras á la legitimaria. En este punto de vista se demanda la reforma del testamento.

Se sostiene que la partición adolece de error, por cuanto no se hizo la previa separación de patrimonios que previene el artículo 1405 del Código Civil, y se respetó el testamento en el sentido de la división por mitad de dichas tres cuartas partes del total de los bienes. También se objeta la partición de *dolosa*; pero no se da la razón de este cargo. Por los motivos de *error* y *dolo* se solicita que se declare rescindida la partición.

Se sostiene que la cláusula testamentaria sobre el comunicato es nula absolutamente, por contraria al artículo 1377, regla 3.^a, y á los artículos 7 y 1378 del Código Civil, y se solicita declaración de nulidad de la cláusula. No se ejercita acción de reforma en cuanto al exceso sobre la mitad de la cuarta de libre disposición, toda ella destinada para el encargo secreto.

Finalmente, se pide declaración sobre estos dos puntos: que la sucesión del Sr. Uribe se halla en estado de proindivisión, y que por esto debe procederse de nuevo á la partición. Que no han salido legalmente del poder de la sucesión los bienes que en ella se inventariaron, y que á ella deben volver esos bienes con sus intereses y frutos.

De modo que se pide la restitución de todos los bienes que recibieron las personas favorecidas por el comunicato, más *todos los intereses y frutos* de esos bienes. Nada se les reconoce, nada se les deja.

Todo esto es el fondo del punto de derecho.

INTERVENCIÓN DE LA VIUDA Y DE LOS HEREDEROS DEL
SR. FRANCISCO SOTO VILLAMIZAR, EN EL PLEITO

¿ Por qué se ha dirigido demanda contra la viuda y los herederos del albacea, Sr. Soto Villamizar ? ¿ Qué tienen que ver ellos con las disposiciones testamentarias del Sr. Uribe Santamaría ? ¿ Qué les importa la reforma del testamento de este señor ; qué la anulación de algunas de sus cláusulas ; qué la rescisión de la partición ; qué la restitución de todos los bienes con sus intereses y frutos ? Nada, á la verdad.

Hé aquí la razón que da el demandante para hacer figurar en la demanda los nombres de mis defendidos.

El artículo 1366 del Código Civil estatuye :

“ Se prohíbe al albacea llevar á efecto ninguna disposición del testamento en lo que fuere contraria á las leyes, so pena de nulidad y de considerársele culpable de dolo.”

Las memoradas disposiciones testamentarias del Sr. Uribe Santamaría son evidentemente contrarias á las leyes: el albacea, Sr. Soto, las llevó á efecto por cuanto lejos de objetar la partición, como debió hacerlo, pidió al Juez su aprobación : luego se hizo culpable de dolo, y por esto son responsables sus herederos. Esto afirma el demandante.

Contesto :

El partidor verificó la partición en consonancia con los inventarios y con el testamento. Este era su deber. Por ilegales que fueran las disposiciones testamentarias, no le era dado al partidor proceder en contrario; esto habría sido constituirse testador. Ni siquiera objetar dichas disposiciones le habría sido permitido, una vez que las personas en quienes residía el derecho de impugnarlas, la Sra. Barrientos y su pupila, nada habían promovido, nada decían. Una vez que no se había dictado resolución alguna judicial que colocara al partidor en la obligación de no cumplir el testamento, su deber era respetarlo.

Por esto, el partidor, apoyándose en el testamento, destinó bienes suficientes para el encargo secreto. Y bien : si el acta de partición no podía ser una distinta de la que se presentó, sin ser opuesta al testamento, ¿ qué otra cosa sino pedir la aprobación del acta de partición pudo hacer el albacea ? Empero, cuando menos debió éste callar, se dirá, por cuanto el artículo 1366 citado prohíbe á los albaceas *llevar á efecto* las disposiciones testamentarias ilegales. Muy bien, es cierto que esto prohíbe el artículo, mas pedir la aprobación del acta de partición, *que no pudo formarse de modo distinto*, como acabo de hacerlo notar, no es llevar á efecto las dispo-

siciones testamentarias; quien las llevó á efecto en el hecho, asignando bienes para su cumplimiento, fue el partidor; el Juez, *en el derecho*, aprobando la partición, que nadie objetó y que era el fiel cumplimiento de la voluntad del testador.

Cierto es que el albacea no puede llevar á efecto las disposiciones testamentarias ilegales; pero se subentiende que son las que á él le incumben. No podría, pues, cumplir la disposición testamentaria que le ordenara hacer pasar una parte de los bienes del testador, ó una especie, á una persona incapaz, ó emplearla en un objeto ilícito; lo cual no se compadece de modo alguno con la *solicitud de aprobación* de una cuenta de partición.

Queda, pues, desvanecido el cargo.

Quiero conceder, en gracia de discusión, que tal solicitud del albacea entrañe el cumplimiento de disposiciones testamentarias ilegales, pues bien: el tiempo del albaceazgo fue un año, conforme á la ley (el testador no fijó tiempo); el Sr. Soto comenzó á ejercer el cargo, cuando más tarde, el día 13 de Enero de 1872, fecha del periódico oficial en que publicó, con dicho carácter, el aviso que era su deber publicar (artículo 1350 del Código Civil) para anunciar la apertura de la sucesión: luego el año del albaceazgo concluyó el día de igual fecha (13 de Enero) del año de 1873; y como la solicitud de aprobación la presentó el día 22 de este mismo mes, es claro que ella no constituye acto de albacea, porque ya no era tál, y por lo mismo, ninguna responsabilidad le atrajo al Sr. Soto.

Quiero hacer aún otra concesión, también en gracia de discusión.

Admito que por esto ó aquello se hiciera culpable de *dolo* el Sr. Soto. En este supuesto ¿qué acción le competía al demandante? ¿cuál, por ser la procedente, debió él ejercer? La de *perjuicios*, indudablemente, en conformidad á lo que estatuye el artículo 1524 del Código Civil, que dice:

“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes..... En los demás casos, el dolo da lugar *solamente* á la acción de perjuicios.....”

Ninguna de las ocho acciones que ha ejercitado el representante de la Sra. Inés Uribe versa sobre indemnización, de perjuicios: luego la demanda dirigida contra mis defendidos —por cuanto figuran sus nombres en ella— es una demanda sin base legal. Si, pues, se casara la sentencia, la que en su reemplazo dictara la Corte tendría que ser absolutoria.

CAUSAL DE CASACIÓN RELATIVA Á LOS HEREDEROS Y LA VIUDA
DEL SEÑOR SOTO

En la sentencia recurrida se absolvió á todos los demandados de *todas* las ocho acciones deducidas en la demanda; el recurrente se conformó con el fallo respecto de cinco, y ha formalizado demanda de casación sobre tres de ellas.

La relativa á mis poderdantes, se establece así:

“3.^a Responsabilidad civil en que incurrió el Sr. Francisco Soto Villamizar por haber llevado á efecto, como albacea (1) del Sr. Mauricio Uribe Santamaría, disposiciones testamentarias de éste, manifiesta y evidentemente contrarias á las leyes.”

Acabo de patentizar la irresponsabilidad legal del Sr. Soto, tanto porque no fue él—sino el partidador y el Juez—quien llevó á efecto las disposiciones testamentarias que se objetan por ilegales, cuanto porque no se ha deducido contra los herederos y la viuda de este señor la acción procedente: la de perjuicios. De modo que, como he dicho, si se casara la sentencia, la que en reemplazo de ésta hubiera de proferir la Corte, forzosamente sería absolutoria.

La cuestión pendiente es ésta:

¿Habrá razón para casar la sentencia?

El demandante alega que el Tribunal incurrió en error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos, lo cual constituye causal de casación; error que se hace consistir en haber fijado, como fecha inicial del año del albaceazgo, el 3 de Enero de 1872, día en que el Sr. Soto presentó al Juzgado el testamento del Sr. Uribe para su apertura; cuando la verdadera fecha inicial fue el 8 de Febrero del mismo año, día en que el Sr. Soto ejecutó su primer acto como albacea, promoviendo el juicio de sucesión.

En mi opinión, el Tribunal ha incurrido más bien que en error *de hecho*, en error *de derecho*, consistente en la apreciación legal de un hecho.

Reconozco la exactitud de la observación del apoderado de la parte recurrente, en cuanto el Tribunal ha estimado como acto de albacea la presentación del testamento del Sr. Uribe para su apertura; aunque tal presentación se hizo por la misma persona que, abierto el testamento, resultó ser la nombrada albacea.

Empero, si de modo evidente consta en los autos que fue el memorado 3 de Enero de 1872 el día en que el Sr. Soto

(1) Es decir, como ejecutor testamentario, sin duda, por cuanto las funciones de los fiduciarios se reducen al cumplimiento del encargo secreto.

presentó el testamento para su apertura, de la misma manera consta que el día 13 de este mismo mes ejecutó el Sr. Soto su primer acto como albacea (véase, además, el *Diario Oficial* de esta fecha, página 4), publicando con este carácter el aviso sobre apertura de la sucesión, en consonancia con lo estatuido en el artículo 1350 del Código Civil.

En los mismos autos se halla, pues, el hecho que infirma, de modo absoluto, el alegado por el abogado de la parte recurrente como fundamento de la causal de casación.

CONDUCTA MORAL DEL SEÑOR SOTO

¿A quiénes y en qué sentido irrogó perjuicio la cuenta de partición que recibió aprobación judicial en el juicio de sucesión del Sr. Uribe Santamaría?

Me permito remitiros á la exposición que hago en las páginas 5.^a y 6.^a. Allí pongo de manifiesto lo siguiente:

Que á la Sra. Lucrecia Barrientos le asignó el partidor la cantidad de.....\$ 54,606

Que si el testador le hubiera reconocido á su esposa el derecho á gananciales, le habrían correspondido..... 73,145

De modo que se la *defraudó* (obsérvese que hago uso de una palabra que entraña mucha severidad) en..... 18,539
que le correspondían por gananciales.

En cuanto á la Sra. Inés, repárese que el partidor le asignó..... 54,606

Que si se hubiera verificado la separación de patrimonios le habrían correspondido, por su legítima rigurosa y por su cuarta de mejoras, únicamente..... 54,352

De modo que el partidor le asignó una cantidad mayor que ésta en \$ 254, que tomó de la cuarta de libre disposición.

Queda igualmente establecido que el representante de la Sra. Inés reclama para ésta el reconocimiento del derecho á toda la cuarta de libre disposición, deducido el legado de los \$ 2,000 del Sr. Soto.

Ahora bien: ¿por qué el Sr. Soto, como apoderado de la Sra. Barrientos y de su pupila, no solicitó la improbación de la cuenta de partición que infería tan notable perjuicio á sus poderdantes? Por la sencilla razón de que la voluntad decidida de la Sra. Barrientos fue que se respetara el testamento. Acreditan la existencia de esta voluntad estos hechos:

1.º El haber instituido la señora, en su propio nombre y en el de su pupila, apoderado suyo para el juicio de suce-

sión al mismo Sr. Soto, teniendo conocimiento la señora del testamento de su marido y del encargo secreto ;

2.º El haber entregado la misma señora al albacea fiduciario los bienes destinados en la partición para el cumplimiento del encargo secreto. Digo que la Sra. Barrientos hizo esta entrega, porque ella era la tenedora de los bienes, no el albacea.

En el folleto que contiene la demanda (folio 14), dice el demandante :

“¿A quién estaba destinada la suma de \$ 34,404-11, que se le *entregaron* al Sr. Francisco Soto Villamizar para el cumplimiento del comunicato.....?”

3º La escritura pública, otorgada por la Sra. Barrientos y por el representante legal de la Sra. Inés Uribe, Sr. Juan M. Fonnegra, á favor del Sr. Soto, ante el Notario 2.º del Circuito de Bogotá, bajo el número 1,439, de fecha 23 de Agosto de 1878 (más de cinco años después de protocolizada la cuenta de partición, que en copia ha presentado al juicio el demandante), en la cual se lee lo que aquí sigue :

“..... que por fallecimiento de su esposo el Sr. Mauricio Uribe Santamaría (habla la Sra. Barrientos), el albacea, Sr. Francisco Soto Villamizar, terminó la mortuoria en la cual fue apoderado, tanto por su parte como por la de su hija Inés Uribe, y que en tal virtud le ha entregado posteriormente todos los bienes que le fueron adjudicados, con la más estricta cuenta y razón detallada (DETALLADA, dice la otorgante), así como los productos y utilidades de ellos. Que para seguridad del Sr. Soto Villamizar, y como prueba de quedar *satisfecha* la otorgante del *manejo* del Sr. Soto y de no tener nada que reclamar, le otorga el presente recibo.

“El Sr. Fonnegra dijo que como esposo de la Sra. Inés Uribe RATIFICABA este recibo.”

Ahora bien : si la Sra. Barrientos declara, en instrumento público, que se halla satisfecha del manejo del Sr. Soto, su apoderado, y que nada tiene que reclamar de él, y lo dice después de cinco años de haber terminado el juicio de sucesión y después de haber recibido el Sr. Soto los bienes destinados para el comunicato, es indudable que la conducta del Sr. Soto se ajustó en un todo á las instrucciones que le fueron dadas por la Sra. Barrientos, en su propio nombre y como guardadora de su hija—que es el punto que considero—porque de no haberse ajustado á ellas, no habría afirmado la Sra. Barrientos que se hallaba *satisfecha del manejo* del Sr. Soto, y que *nada* tenía que reclamar de él.

Al mandatario que consiente en que á su mandante se le irrogue un perjuicio tan grave como el irrogado á la Sra.

Barrientos (de cuyos gananciales se tomaron los memorados \$ 18,539, para el comunicato), no se le dice lo que ésta dijo al Sr. Soto: “que se hallaba satisfecha de su manejo”; no se le dice sino en el caso de que el mandatario haya procedido en *todo* con arreglo á las instrucciones del mandante.

¿Pudo la señora renunciar los mencionados \$ 18,539 ?
¿Pudo renunciar la totalidad de sus gananciales? Sí: el artículo 1845 del Código Civil se lo permitía.

Hay más: el Sr. D. Alejandro Barrientos, hermano de la señora viuda, y el Sr. D. Tomás Uribe, hermano de D. Mauricio, el testador, ambos personas muy honorables entre lo más honorable de la sociedad de Medellín, han declarado bajo juramento que les consta “que la Sra. Barrientos de Uribe tuvo conocimiento del comunicato reservado que el esposo de ésta, Sr. Mauricio Uribe Santamaría, hizo al Sr. Francisco Soto Villamizar, el cual produjo efecto en la sucesión del expresado Sr. Mauricio Uribe.”

El Sr. Barrientos dice, además: “Que le consta que la Sra. Lucrecia Barrientos de Uribe aprobó lo hecho por el Sr. Soto Villamizar, como apoderado de ella y como albacea en el juicio de sucesión del Sr. Mauricio Uribe Santamaría; y que los actos ejecutados por el Sr. Soto fueron aprobados por la Sra. Barrientos de Uribe.”

El Sr. Tomás Uribe, agrega: “Que es cierto que la expresada Sra. Barrientos de Uribe no sólo aprobó la conducta del Sr. Francisco Soto, como apoderado de ella en la sucesión del Sr. Mauricio Uribe Santamaría, sino que los actos del expresado Sr. Soto Villamizar se verificaron con el querer de la expresada Sra. Barrientos de Uribe, quien, si viviera, se habría opuesto al pleito promovido por el Sr. Juan M. Fonnegra. Que la Sra. Barrientos de Uribe formaba en primera línea entre las matronas de Antioquia, y tanto ella como su esposo supieron siempre sacrificar el interés á la decencia.”

Luego la conducta del Sr. Soto Villamizar, como albacea del Sr. Uribe Santamaría, y como apoderado de la viuda y de la hija legítima, fue perfectamente correcta.

LEGALIDAD DE LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA SOBRE EL ENCARGO

SECRETO DEL SR. MAURICIO URIBE SANTAMARÍA

Aléganse contra la sentencia del Tribunal dos causales más de casación, como ya dije.

Las formularé de modo de presentarlas con claridad y exactitud.

Hé aquí la primera:

La omisión de los requisitos que establece la Regla 3^a del artículo 1377 del Código Civil mencionado es causal de nulidad de las cláusulas testamentarias sobre encargos secretos, según el mismo artículo. La cláusula testamentaria de que se habla no contiene esos requisitos. La sentencia del Tribunal debió, pues, declararla nula, y como en vez de hacer esto la reconoció válida, es claro que infringió la memorada Regla 3^a: luego es casable la sentencia por infracción de la ley.

Como yo sostengo la validez de la sentencia debo demostrar, para que se estime infundada la causal, que la cláusula testamentaria está en consonancia con la memorada Regla 3^a.

Al comienzo de este escrito reproduce la cláusula. Lo pertinente de ella es esto:

“El monto total de mis bienes..... será distribuído en la forma siguiente..... la cuarta parte restante, y de la cual puedo disponer legalmente..... será entregada á mi albacea con el comunicato privado que acompaño.....”

El artículo 1377 del Código Civil, que se estima infringido, el cual corresponde exactamente al 1312 del Código de Chile, dice:

“Los encargos que el testador hace secreta y confidencialmente, y en que ha de emplearse alguna parte de sus bienes, se sujetarán á las reglas siguientes:

“1^a Deberá designarse en el testamento la persona del albacea fiduciario;

“2^a El albacea fiduciario tendrá las calidades necesarias para ser albacea y legatario del testador;

“3^a Deberán expresarse en el testamento las especies ó la determinada suma que ha de entregársele para el cumplimiento de su cargo.

“Faltando cualquiera de estos requisitos no valdrá la disposición.”

Actores y opositores estamos conformes en que el testador no destinó *especie* alguna para el cumplimiento del encargo.

Los respetables abogados de la parte demandante y actora, Sres. Dres. Luis M. Isaza y Emiliano Restrepo E., sostienen que el testador tampoco expresó la *determinada suma* que debía entregarse al albacea fiduciario para tal fin. Es este requisito el que echan de menos.

La parte opositora—mis honorables compañeros de defensa y yo—sostiene que el testador sí expresó esa determinada suma, no sólo de modo claro sino correcto, como que empleó lenguaje análogo al de la ley (artículo 1378): “la *cuarta* parte restante, *de que puedo disponer legalmente*.”

No hay desconformidad en cuanto al tenor literal de la cláusula ; pero la hay en cuanto á la estimación de ella.

El problema legal es, pues, éste :

¿ Qué significa la locución *determinada suma* ?

Los dos mencionados abogados que patrocinan á la parte actora han sostenido en sus escritos, y también en sus discursos ante vosotros, que la memorada Regla 3.^a es perfectamente clara. Han agregado, de modo expreso, que por ser clara no hay necesidad de interpretarla ; y uno y otro abogado encarecen á los de la oposición la fiel observancia de estas dos reglas de la Hermenéutica legal :

“ Cuando el texto de la ley es claro no debe desatenderse su tenor literal y consultarse su espíritu.”

“ Cuando la ley no distingue, no es permitido distinguir.”

A mi juicio es inexacto el concepto que los dos ilustrados abogados tienen de lo que es la interpretación de las leyes. Mi opinión es contraria á la muy respetable suya. Héla aquí :

No siéndole posible al legislador proveer por medio de leyes particulares á las dificultades que nacen de las casi infinitas, mutuas relaciones de los hombres en la vida civil, se ve obligado á establecer reglas generales, es decir, *principios* que sirvan de base al Juez para resolver las controversias que se le sometan.

Empero, como el establecimiento de los principios no puede verificarse en previsión de todos los casos particulares, porque ello es imposible, sucede que aunque los principios se hallen humanamente bien formulados, son de suyo imperfectos: ora porque no son suficientemente explícitos para comprender de modo claro todos los casos análogos, que razonablemente se ha debido comprender en ellos ; ora porque la generalidad del principio puede hacer pensar que están comprendidos en él casos que razonablemente no ha podido quererse comprenderlos. Toca á la ciencia resolver las dificultades, para lo cual se han establecido máximas, que se llaman reglas de interpretación.

Interpretar una ley es, pues, hacer aplicación de un *principio*; es fijar el pensamiento del legislador respecto de un caso dado, lo cual se verifica estableciendo comparación entre el principio y el caso. El resultado de la comparación es el descubrimiento de una relación jurídica que determina una regla de conducta.

Por consistir en esto la interpretación de las leyes, dice Laurent, con el acierto que le distingue :

“ La interpretación de las leyes es una necesidad permanente, por clara, por perfecta que sea la legislación establecida.”

Lacantiniere es más explícito :

“ La necesidad de interpretar las leyes no proviene solamente de su imperfección sino de su naturaleza misma. En la suposición de que las leyes fuesen perfectas, no por ello desaparecería la necesidad de interpretarlas, porque no pudiendo el legislador prever todos los casos, tiene que estatuir por medio de regla general : es preciso, pues, interpretar las leyes para aplicar los principios generales que ellas formulan á los casos particulares que se presentan en la práctica.”

Esto es perfectamente razonable : luego han incurrido en notable inexactitud los dos señores abogados que sostienen que no hay necesidad de interpretar aquella Regla. Todo lo contrario : es preciso interpretarla por lo mismo que hay necesidad de fijar el sentido de la locución *determinada suma*, una vez que ellos le asignan uno diferente del que le fijamos los abogados de la oposición.

¡Y cosa bien extraña ! No acaban de afirmar los distinguidos contendores que no hay necesidad de interpretar la consabida disposición legal cuando dirigen sus esfuerzos á fijar su sentido en conformidad con sus opiniones ; y aún es más extraño todavía el que sean ellos precisamente quienes violan la máxima cuya observancia encarecen, pues establecen distinciones del todo ajenas á la ley.

Ahora bien : cuando un texto legal es ambiguo ú oscuro, es indudable que debe investigarse el pensamiento del legislador en el texto mismo. Ante todo, es preciso fijar el significado de las palabras y tener en cuenta las reglas de la Sintaxis, porque debe suponerse que el legislador ha consignado en el texto su voluntad por medio de un lenguaje correcto. ¿No es verdad que á quien ignore el significado de las palabras y las reglas de la Sintaxis deben parecerle oscuros todos los textos?

Es, pues, perfectamente correcto el proceder de los dos ilustrados abogados contrarios : comenzar por fijar el significado de la memorada locución legal. Lo incorrecto en ellos es la significación que le asignan.

Dicen que la palabra *suma*, de la Regla 3^a, es equivalente á *dinero*, y que una cantidad de dinero no se determina sino empleando un número cardinal. Que por medio de la expresión *cuarta parte restante*, que emplea el testador, no se determina una cantidad, y menos de dinero, porque la cuarta parte de algo no es cantidad *determinada* sino *determinable*. Que no es lo mismo decir *cuarta parte restante*, que decir, por ejemplo : *seiscientos pesos*, aunque la cuarta parte sea exactamente igual á esta cantidad. Fundados en esta distinción, que establecen ellos, pues no la consagra la ley, deducen que el testador no expresó la determinada suma cuando destinó para el encargo secreto dicha cuarta parte.

Entendámonos. ¿Cuál es el medio correcto de fijar el significado de una palabra empleada en un texto? Ocurrir al Diccionario. Esto hacen los dos respetables abogados. Muy bien.

a) Y si el Diccionario asigna á una palabra dos significados ¿cuál prefiere? El que más venga al caso, dicen Gregorio López y Escriche. El que armonice mejor con el contexto de la disposición y sus concordantes, dice Laurent. Este eminente expositor agrega:

“Sería en extremo raro el caso de que todo un conjunto de disposiciones, relativas á una misma materia, fuesen oscuras ó dudosas; lo que generalmente sucede es que son una ó algunas disposiciones, uno ó varios pasajes ó expresiones los que adolecen de la imperfección indicada. En esta hipótesis, lo natural es buscar la aclaración en la ley misma, en *toda ella*, pues se reputa que toda ley es un conjunto de disposiciones armónicas, por cuanto al legislador se le considera sabio y cuerdo, y es claro que una obra imperfecta por desarmonica ó heterogénea, no es fruto de cordura y sabiduría. La armonía desaparece si los pasajes oscuros se entienden *en oposición con los que son perfectamente claros*.”

Esto es incontestable.

Preciso es, pues, ocurrir al Diccionario.

Este dice: “SUMA. Agregado de muchas cosas, y más comúnmente de dinero.”

b) Luego si suma significa más comúnmente dinero, es indudable, dicen los honorables contendores, que es dinero el significado de esta palabra en la locución legal que se examina. Confirman este concepto haciendo notar que tal palabra significa claramente *dinero*, en algunas disposiciones, entre otras los artículos 853 y 1789 del Código Civil: el primero impone al usufructuario el deber de pagar un valor líquido, que se llama *suma*; el segundo se refiere á la sociedad conyugal. Llaman la atención al último, que es perfectamente explícito, pues dice así:

“El haber de la sociedad conyugal se compone:

“3º Del *dinero* que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, ó durante él adquiriere; obligándose la sociedad á la restitución de igual *suma*.”

Replicoles:

¿A la restitución de cuál igual suma se obliga la sociedad? A la de dinero, por cuanto de él se habla; porque es *dinero* lo que aporta uno de los cónyuges. La misma disposición legal entraña, pues, la distinción. El contexto del artículo *impone* el significado de la palabra suma, en el sentido de dinero. Si yo desconociera esta distinción daría muestra de irracionalidad.

a) ¿Se hallará en idéntico caso la misma palabra en la Regla 3.^a? Esta dice:

“Deberán expresarse las especies ó la determinada suma.....”

No se ha hablado de dinero. El artículo anterior á la Regla habla de *cuantía* de bienes. El primer inciso del artículo á que pertenece la Regla habla de *alguna parte* de los bienes del testador. Luego la Regla no entraña la distinción que se le asigna, como sí la entraña el artículo preinserto, que habla del aporte de alguno de los cónyuges.

b) No entrañando distinción alguna la Regla, si el legislador hubiera querido establecerla habría dicho: “... ó la determinada suma” *de dinero*.

No haciendo distinción el legislador, es incorrecto tomar apoyo en una, caprichosa, para fijar el significado general de la palabra suma, asignándole el de cantidad de dinero.

Vése, pues, cómo los dos señores abogados de la parte recurrente al par encarecen la observancia de la Regla de no distinguir si la ley no distingue y se reservan la facultad de hacerlo cuando les place. Desconocen la necesidad de interpretar la Regla, y sin embargo la interpretan; á su modo, sí.

c) He dicho que Laurent, Gregorio López y Escriche son de concepto que cuando una palabra, en un texto, tiene varios significados, prefiere el que mejor armonice con las demás disposiciones que versan sobre la misma materia. Ahora bien: la consabida Regla figura en el artículo 1377, cuyo primer aparte dice:

“Los encargos que el testador hace..... y en que ha de emplearse *alguna parte* de sus bienes.....”

El artículo anterior, el 1376, dice:

“El testador puede hacer encargos secretos..... para que se invierta en uno ó más objetos lícitos *una cuantía de bienes*.....”

El artículo 1378 dice:

“No se podrá destinar á dichos encargos secretos más que la *mitad de la porción* de bienes de que el testador haya podido disponer á su arbitrio.”

El artículo 1379 habla también de *parte alguna* de los bienes del testador.

El 1380 dice:

“El albacea fiduciario podrá ser obligado..... á dejar en depósito ó á afianzar la *cuarta parte* de lo que por razón del encargo se le entregue, para responder con esta *suma* á la acción de reforma.....”

“Podrá aumentarse esta *suma* (la cuarta parte) si el Juez lo creyere necesario.....”

a) ¿Con cuál *suma* se responde á la acción de reforma? Pues con la dicha *cuarta parte*. Suma y cuarta parte representan aquí una misma idea. ¿Y de qué cuarta parte se habla? De la cuarta parte de *lo que* por razón del encargo se le entregue al albacea. La frase sustantiva *lo que* equivale á *la cosa que, las cosas que*. (Bello, Gramática, párrafo 159, nota).

El artículo 1251, del Capítulo sobre legítimas y mejoras, dice:

“Si la *suma* de *lo que* se ha dado en razón de legítimas no alcanzare á la *mitad* del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes con preferencia á toda otra inversión.”

Por cuanto *suma* es *dinero*, lo cual afirman los dos ilustrados abogados, no habría inconveniente en hacer en el preinserto artículo la debida sustitución. Quedaría éste así:

“Si el *dinero* de *lo que* se ha dado (?) en razón de legítimas no alcanzare á la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes (es decir, del *dinero*: esto pide la lógica) con preferencia á toda otra inversión.”

¿No os parece, Sres. Magistrados, que formulado así este artículo, sería contrario á la razón? Consecuencia natural del significado que se asigna á la palabra *suma*!

Hay más: la base de las disposiciones que reglan la sucesión por causa de muerte es la masa de bienes del difunto, que la ley llama *acervo líquido*, no únicamente el dinero que aquél deje.

El 1243 dice:

“*Legítima* es aquella *cuota de los bienes* de un difunto que la ley asigna á ciertas personas llamadas legitimarios.”

El 1246 dice:

“La *mitad de los bienes*..... se dividirá por cabezas ó estirpes.....

“Habiendo tales descendientes, la masa de bienes..... se dividirá en *cuatro partes*; dos de ellas, ó sea la *mitad* del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta para las mejoras.... y otra cuarta de que ha podido disponer á su arbitrio.”

Al reglar las asignaciones á título singular, se refiere el legislador á cosas ú objetos.

En rara ocasión se refiere á dinero.

Esto establecido, pregunto:

La palabra *suma*, en la memorada locución, ¿con cuáles disposiciones guarda más estrecha relación? ¿con las de que acabo de hablar, y sus numerosísimas concordantes, que tratan de una misma materia; ó con aquel artículo sobre el usufructo, ó el otro, sobre aporte de alguno de los cónyuges al matrimonio? Que responda el buen sentido. Y si, por otra parte, se establece perfecta armonía entre todas, ó la casi totalidad de las disposiciones sobre sucesión testamentaria,

dando á la palabra *suma* el significado de porción, de cuantía de bienes, es forzoso, siguiendo la opinión de Laurent, de Lacantinerie, de Gregorio López, de Escriche y de todos los expositores del Derecho, concluir que tal palabra tiene este último significado; aunque pudiera presentarse algún caso, particularísimo, que sirviera de fundamento para sostener que en alguna ocasión pudo el legislador estimar que la *determinada suma* podía tomarse en el sentido de determinada cantidad de dinero. Para semejante, eventual caso, debería considerarse que la ley de general armonía se impone soberanamente, y que por esto sería perfectamente correcta la interpretación extensiva de la disposición relativa á semejante caso particular.

a) Es, pues, principio inconcuso que la palabra *suma* significa, en dicha locución, cuantía de bienes.

Paso á fijar el significado de la palabra *determinada*.

Dícese que al decir el testador:

b) “La cuarta parte restante y de la cual puedo disponer legalmente.....” no expresó suma *determinada*, sino *determinable*.

Reparad que son los respetables abogados que han invocado la observancia de la regla de la no distinción, quienes establecen la presente; la ley no la consagra.

Ahora bien:

c) *Determinar* es distinguir, discernir, diferenciar unas cosas de otras con que se pueden confundir.

Discernir es distinguir una cosa de otra.

Esto dice el Diccionario.

El carácter esencial de la determinación es, pues, la *distinción*.

Luego cuando por medio de una expresión se señala una cosa de modo tal que se la distinga de todas las demás semejantes, que no se la confunda con ninguna, es claro que se halla debidamente determinada; y bien puede suceder que esa determinación se haga con una ú otra fórmula.

Voy á poner en evidencia mi pensamiento.

d) Supóngase que se desea determinar sobre un plano la extensión de una superficie; y que para ello, simplemente se dice que se halla limitada por cuatro líneas rectas. Es claro que semejante determinación apenas da una vaga idea de la superficie, una imperfecta de la figura: sábese que es un cuadrilátero; mas como hay infinidad de cuadriláteros, es indudable que nada se determina. Se gana en determinación si se dice que la superficie es un rectángulo. No es ya cualquier cuadrilátero: es uno que tenga sus lados opuestos paralelos, y sus cuatro ángulos iguales; no obstante esto, como también hay infinidad de rectángulos, es claro que aun no se determi-

na la extensión superficiaria. Si se dice que la superficie es un rectángulo cuya base es la décima parte de un metro, y su altura la mitad de la longitud de la base, es incontrovertible que la determinación es perfecta: cuantas personas tracen el rectángulo, trazan uno idéntico á los demás que se hayan trazado.

La expresada fórmula puede reemplazarse por ésta: un rectángulo que tenga de base diez centímetros, y de altura cinco. Esta fórmula es más *precisa* que la anterior; pero la superficie determinada es la misma que aquélla. La última fórmula puede aún sustituirse por ésta: un rectángulo de cincuenta centímetros cuadrados; fórmula más *precisa* que las dos precedentes, pero no más exacta que ellas. El rectángulo que se trace con los datos de la primera fórmula, es idéntico al que se trace con los de la segunda ó con los de la tercera: es una misma la determinación, aunque la precisión de las fórmulas sea diferente. No se confunda *precisión* con *determinación*.

Si fuera el caso de que el testador determinara una extensión superficiaria, ¿se le tacharía la disposición por haber empleado la primera fórmula y no la segunda ó la tercera? ¿Se diría que con el empleo de la primera se expresaba una superficie determinable, no determinada? Bien podría decirse que la primera fórmula indica una superficie determinable, *comparada* con la segunda; é igual cosa decirse de la segunda, respecto de la tercera; mas ni la primera ni la segunda designan cantidad *determinable* en cuanto á la disposición testamentaria misma, es decir, determinable en el sentido de ser insuficiente, de requerirse aún otro dato, *no contenido* en la expresión (como en aquel caso en que se designó la superficie, diciendo simplemente que era un cuadrilátero ó un rectángulo), y por lo cual la cosa designada pudiera *confundirse* con otra ú otras, y ser imposible por esto el cumplimiento de la voluntad del testador.

Luego la determinación que el testador hiciera, empleando cualquiera de las tres fórmulas indicadas, sería correcta por no haber lugar á duda, por ser perfecta la distinción, que es lo que importa.

Es pues inútil, absolutamente inútil en el asunto de que se trata, la tal distinción de *determinado* y *determinable*.

a) Repito que la ley no establece distinción tan arbitraria, tan inoportuna; que es el intérprete quien la estatuye, y que su efecto es hacer exigible un requisito de difícil, ó más bien, de imposible cumplimiento, cuyo final resultado consiste en hacer ilusorio el derecho que se reconoce al testador de disponer de una cuantía de bienes, como dice la ley, para un encargo secreto. A ello tiende la indicada distinción; no á ob-

tener la necesaria, *razonable* claridad, conducente á realizar aquella voluntad sagrada, que es lo indispensable, porque es lo que el buen sentido demanda.

a) He dicho que tal distinción entraña la exigencia de un requisito de difícil, ó más bien, de imposible cumplimiento. Voy á demostrarlo.

Tened presente lo que demasiado bien sabéis: que el legislador estatuye para lo futuro, y que cuando se ocupa en reglar las asignaciones testamentarias (sobre el principio de la restricción de la libertad de testar), lo hace en relación á una cuantía indeterminada de bienes, pues toma como base de sus disposiciones lo que él llama "*acervo líquido*," que es una masa de bienes.

Ahora bien: ¿cuánto valdrá ese acervo? Imposible es fijarlo de antemano en un caso dado, cuánto más aún, si cabe, lo es respecto de todas las sucesiones. Este acervo es un residuo indeterminado, que el legislador nunca podrá apreciar previamente, por una cifra indicante de dinero.

b) Siendo tal la naturaleza del acervo, es evidente que el legislador no puede reglar las asignaciones, es decir, no puede distribuir el acervo por otro medio que la fijación de cuotas partes. Manifiestamente le es imposible asignar á nadie —á menos que se trate de hacer un legado— cantidad precisa de dinero (cual si debiera decirse \$ 34.404-11), por cuanto lo distribuible es una masa inapreciable de bienes.

En remotos tiempos, posteriores á la Ley de las XII Tablas, la legítima era la *cuarta* parte de los bienes. Justiniano la aumentó á la *tercera* y á la *mitad*, según ciertas circunstancias. La legislación española fijó como legítima de los hijos las *cuatro quintas partes*. La misma legislación habla del *tercio* y del *quinto* de los bienes. Nuestro Código habla de *mitades* y de *cuartas* partes. Así han hablado y hablan todos los legisladores, y hablarán hasta la consumación de los siglos, cuandoquiera que se ocupen en reglar las asignaciones testamentarias. Les ha sido, les es y les será imposible precisar cantidades de dinero. Y si esto es un imposible para el legislador, ¿será un hecho factible para el testador? Este únicamente sabe que la ley le permite destinar á encargos secretos una cuantía de bienes, y que le es prohibido señalar para ello una suma que rebase la *mitad* de la porción de libre disposición. Pues bien: es más que claro que si el testador tuviera que fijar, para tales fines, una precisa cantidad de dinero, debiera saber de antemano el valor de esa porción disponible, expresado también en dinero, por ser ésta la especie á que debía referirse. Y ¿cuál es el valor, en dinero, de esa porción? Ello es incognoscible para el testador: ya porque el precio de las cosas es lo que se dé

por ellas en el mercado; ya porque esa mitad á que se refiere la ley, es resultado de la liquidación de la sucesión, sobre la base de los inventarios y avalúos, todo lo cual ignora el testador: el porvenir le es desconocido. Luego le es absolutamente imposible destinar para un encargo secreto una precisa cantidad de dinero.

a) Admítase, como correcta, la interpretación que los Sres. Dres. Isaza y Restrepo dan á la memorada locución legal, en el sentido de ser equivalente á una precisa cantidad de dinero. Supóngase ahora que un testador, deseando hacer uso de la plenitud de su derecho, destina para un encargo secreto la cantidad de \$3,000, que estima como exacta mitad de la suma de que puede disponer. Si al liquidarse la sucesión resulta que la porción disponible es de \$8,000, es claro que el testador, que deseaba hacer uso, íntegramente, de su derecho, pudo disponer hasta de \$4,000, lo cual no hizo, temeroso de incurrir en exceso. Se ve, pues, que por virtud de la arbitraria distinción del intérprete (ser indispensable expresar cantidad de dinero, *determinada*, no determinable), se limita el derecho de los testadores más de lo que lo está por las leyes de la materia; limitación que en la práctica puede consistir en una reducción muy notable de ese derecho. Si el testador, queriendo no quedarse corto, en el caso supuesto, destina para su encargo \$4,001, el resultado es fatal, porque la asignación es *nula* en su totalidad, en razón de que rebasa la mitad disponible; y poco importa que el exceso sea de un peso, de uno solo: no se anula la asignación en el exceso, sino en la totalidad, repito. Esto afirma, de modo expreso, el Sr. Dr. Restrepo, quien funda su afirmación en que lo prohibido es nulo, y que la acción de nulidad es indivisible.

Pregunto yo: ¿será correcta la interpretación que los expresados señores abogados fijan á la memorada locución legal? Si fuera correcta, resultaría que la obra del legislador era un despropósito, un verdadero absurdo, pues es inconcebible que un legislador sabio y cuerdo reconozca claramente un derecho (el de destinar el testador para un encargo secreto hasta la mitad de la porción disponible), y que establezca luego un requisito que haga imposible el ejercicio de ese derecho, pues no es exagerado decir que ni en un millón de casos se presentaría uno en que para realizarse un encargo secreto, el testador atinara con el número cardinal que exactamente designe una cantidad de dinero equivalente á la mitad de la mitad del acervo líquido, ó á la mitad de la cuarta de ese acervo. Esto sería como una adivinación.

Oh! con cuánta razón dice Demolombe:

“La interpretación de las leyes es obra de discernimiento y lógica; de filosofía y buen sentido; de sabiduría y experiencia!”

Lo hasta aquí establecido tiende á fijar la interpretación *gramatical* de aquella locución.

Voy ahora á considerar este mismo asunto en un aspecto diferente.

Vosotros sabéis que los Jurisconsultos establecen esta correcta clasificación :

a) Derecho común y Derecho de excepción.

Los muy notables Jurisconsultos Aubry y Rau toman la expresión *Derecho común* en el sentido que le asignan los Jurisconsultos franceses, á saber: "Conjunto de disposiciones que derivándose de los principios generales admitidos por el legislador, no tienen carácter excepcional." Esto, á mi entender, significa que el Derecho común se constituye de todas las disposiciones que reglan una materia, en conformidad á los principios generales; y que forman el Derecho de excepción todas las disposiciones que se refieren á determinado asunto de la misma materia, en cuanto son restrictivas de esos principios generales, ó mejor dicho, excepciones de esos principios.

Hé aquí, por vía de ejemplo, y para efectos ulteriores, algunas de las muchas disposiciones que á mi juicio constituyen el Derecho común en la sucesión por causa de muerte:

La ley que reconoce el derecho de testar.

La que establece limitaciones personales al ejercicio de este derecho.

La que faculta al testador para hacer asignaciones á título universal y á título singular.

La que llama *asignatario* á la persona á quien se hace una asignación, esto es, á la persona á quien se destinan algunos bienes, á cualquiera de los dos mencionados títulos, para que goce de ellos, para que sean suyos.

La que dispone que *todo* asignatario testamentario—heredero ó legatario—debe ser una persona cierta y determinada, natural ó jurídica, ya sea que se determine por su nombre ó por indicaciones claras del testamento.

La que estatuye la mitad legitimaria, la cuarta de mejoras y la parte de libre disposición; parte que es igual á la cuarta parte del acervo líquido cuando los legitimarios son descendientes legítimos; y á la mitad del mismo cuando éstos faltan y hay otros legitimarios.

La que previene que el testamento se haga siempre por escrito.

La que declara que la facultad de testar es indelegable.

La que dispone que la elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno.

La que permite, en todo caso, á quien deba una legítima señalar las especies en que haya de hacerse su pago, y le prohíbe delegar esta facultad á persona alguna.

El conjunto de las pocas disposiciones que acabo de citar, da idea de la totalidad que constituye el Derecho común en materia de sucesiones.

Satisfechas las exigencias necesarias para reglar el derecho de testar, en lo general, se propuso el legislador esta cuestión :

¿Convendrá facultar al testador para hacer encargos secretos y confidenciales; secretos en cuanto al objeto que quiera realizar, ó la persona á quien desee favorecer?

La conveniencia de otorgar esta facultad es indiscutible; el legislador la reconoció, no obstante los peligros que ofrece.

¿Por qué no se limitó aquél á consentir, en el hecho, esta facultad; á no prohibir su ejercicio? ¿No es cierto que lo no prohibido está permitido?

El legislador hubo de establecer permiso expreso en el particular porque las disposiciones testamentarias secretas están implícitamente prohibidas en el Derecho común.

El testamento debe hacerse siempre por escrito: el Derecho común lo previene; de modo, pues, que todas las disposiciones del testador deben constar por escrito; y como es claro que una asignación de carácter secreto no debe constar en el testamento, es manifiesta la imposibilidad legal de hacerla, si no se concede permiso expreso.

Hay más: no se halla en consonancia con el Derecho común el que puedan hacerse, encubriéndolas con el secreto, asignaciones para objetos ilícitos ó en favor de personas incapaces. Esta es una de las razones por que se ordena que las disposiciones testamentarias consten por escrito. El permiso para las disposiciones secretas impone, pues, la necesidad de proveer, de modo especial, á este inconveniente.

Todavía más: el Derecho común previene que todo asignatario testamentario— heredero ó legatario— sea una persona cierta y determinada; ya se determine por su nombre, ya por indicaciones claras del testamento (artículo 1113 del Código Civil). Esta disposición se halla evidentemente en pugna con el carácter secreto de la disposición testamentaria correspondiente: ¿no es verdad que el *secreto* consiste en que todos, con excepción del albacea fiduciario, que es el individuo á quien se confía el secreto, ignoren la persona del asignatario, ó el objeto de la asignación?

Por las anteriores razones y porque el artículo 1113 estatuye la invalidez de la asignación cuando no se indica de la manera dicha la persona del asignatario, fue necesario que el legislador otorgara expresamente la facultad de hacer en-

cargos secretos. El establecimiento de esta facultad lo obligó á reglar su ejercicio, es decir, á establecer un Derecho de excepción cuya base es el reconocimiento de la misma. En consecuencia: se hizo indispensable el conceder permiso al testador para hacer asignaciones secretas, para no determinar en el testamento la persona del asignatario, ni expresar el objeto de la asignación.

a) Llamo ahora vuestra atención, Sres. Magistrados, á los efectos consiguientes al establecimiento de un Derecho de excepción. Vosotros sabéis perfectamente que las disposiciones de este Derecho son de estricta interpretación (*Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*); que rigen únicamente el caso excepcional. A la inversa, que las disposiciones del Derecho común tienen perfecta aplicación en el Derecho de excepción, ora para llenar los vacíos que ofrezca este Derecho, ora para hacer luz en él en caso de ambigüedad, de duda. La Jurisprudencia consagra esta doctrina.

Se ha visto en qué consiste la disparidad respecto del sentido de la locución *determinada suma*: que los dos ilustrados abogados de la parte actora sostienen que ella indica cantidad de dinero expresada por un número cardinal; y los abogados de la parte opositora sostienen que su genuino significado es porción, cuota de bienes, determinada por un número partitivo, en relación con el *acervo líquido*, de modo que el testador cumple con el deber de determinar la suma diciendo: ora que destina para su encargo toda la mitad de la porción de bienes de que puede disponer á su arbitrio; ora la tercera, ó la cuarta, ó la quinta, ó la duodécima parte de esa mitad. En este conflicto de opiniones contrarias, la dificultad se resuelve por la aplicación de la doctrina que la Ciencia establece, esto es, ocurriendo al Derecho común.

¿Qué dispone en el particular este Derecho? La disposición pertinente es ésta:

“Art. 1126. *Toda* asignación deberá ser, ó á título universal, ó de especies determinadas, ó que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, ó de géneros ó cantidades que igualmente lo sean ó puedan serlo.”

Sabéis que las asignaciones á título universal, de que habla el preinserto artículo, las hace el testador ó en todos sus bienes “ó en una cuota de ellos, como la mitad, el tercio, el quinto.” Esto prescribe el Derecho común.

Si, pues, una asignación que de esta manera se haga es intachable según este Derecho, lo es igualmente en el caso correlativo del Derecho de excepción: no se concie-

be que lo claro, lo perfectamente determinado, lo correcto, por ser conforme á lo estatuido en aquel Derecho, carezca de estas condiciones en presencia del Derecho de excepción.

a) Si es correcta, como indudablemente lo es, esta disposición testamentaria: “la cuarta parte restante, de que puedo disponer legalmente, la destino para mi amigo Sempronio con quien vivo”; es igualmente correcta esta otra, por identidad en la expresión sobre la determinación de la cantidad: “*la cuarta parte restante de que puedo disponer legalmente*, la destino para que mi albacea lleve á efecto el comunicato que le he hecho.” La razón única y decisiva que pudiera alegarse en pro de la incorrección de la segunda cláusula testamentaria, consistiría en patentizar que en el Derecho de excepción se halla una disposición *perfectamente clara*, que estatuye cosa opuesta, por lo menos distinta, de la correspondiente en el Derecho común; y esto no sucede, pues precisamente por ser dudoso el sentido (1) de la locución *determinada suma*, se ha suscitado esta controversia, y para resolver la duda se ocurre al Derecho común, en conformidad á la doctrina que la ciencia de la Jurisprudencia consagra.

Luego si el Derecho común es de indispensable aplicación en el caso particular de que se trata, incontrovertible es que el requisito de la memorada Regla 3.^a, de que el testador exprese *la determinada suma* que ha de entregársele al albacea—cuando no designa especies—se llena cumpliendo lo que aquel Derecho (artículo 1126, citado) prescribe, esto es, haciendo una asignación de cuota, que es asignación á título universal; y como así la hizo el Sr. Uribe, es incuestionable que su asignación es correcta, correctísima.

Hay más:

b) Dice el artículo 19 del Código Civil:

“Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.”

¿Y qué ley más semejante á la citada Regla 3.^a, mayormente ilustrativa de ésta, que la *correlativa* del Derecho común? ¿que aquélla que fija el carácter de toda asignación?

Es la oportunidad de hacerme cargo de un argumento que tomo textualmente del folleto que contiene los alegatos orales de los Dres. Restrepo é Isaza, que es el último que ha visto la luz, y cuyo fondo consiste en una incorrecta inter-

(1) Lo reconozco tál únicamente en fuerza de la desconformidad de opiniones entre unos y otros abogados.

pretación de la ley y en la tergiversación de un concepto que claramente hemos emitido los abogados de la defensa.

Dice el Dr. Restrepo :

Los ilustrados abogados de la contraparte se han visto precisados á reconocer que en la cláusula del testamento no están expresadas especies ; y para salir de la dificultad, se acogen á la segunda parte de la regla tercera citada, es decir, aquella parte por la cual se exige que se exprese en el testamento una determinada suma, diciendo que *suma* es, no solamente una cantidad ó conjunto de dinero, que es evidentemente el sentido en que es usada esa palabra en la regla tercera del artículo 1377 citado, sino también, conforme al Diccionario de la lengua, "*una reunión ó conjunto de cosas.*"

Salta á los ojos la debilidad de semejante razonamiento.

a) En efecto, la regla tercera dicha contiene dos miembros entre los cuales interpone la ley la conjunción disyuntiva "ó," cuando dice : "deberán expresarse en el testamento las especies, ó la determinada suma, etc.;" y ya se sabe, y lo dice el Diccionario, que la conjunción "ó" es disyuntiva, y que sirve para denotar diferencia, separación ó alternativa entre dos ó más personas, cosas ó ideas.

Es claro que tomada la palabra *suma* usada por la ley, en la acepción que le dan los abogados de la contraparte, resultaría, en lugar de diferencia, igualdad ó equivalencia entre los dos miembros de la regla tercera, separados por la conjunción disyuntiva ó, resultando de aquí que, sustituyendo valores, quedaría la regla tercera diciendo que deberían expresarse en el testamento las especies ó el determinado conjunto de cosas, es decir, de especies que hubieran de entregársele al albacea fiduciario para el cumplimiento de su cargo; inteligencia de la ley que haría aparecer al legislador como absolutamente incorrecto en su lenguaje, y que haría aparecer á la Ley como pleonástica é ilógica en su redacción ; pues se haría aparecer lo segundo, no como diferente, sino como idéntico á lo primero, careciendo, por consiguiente, de objeto y de aplicación el empleo de la conjunción disyuntiva ó.

(Este mismo argumento, en su fondo, lo prohijó el Sr. Dr. Isaza, en la audiencia ante vosotros).

b) Acepto la premisa de que la ó es conjunción disyuntiva, y "que sirve para denotar diferencia, separación...."

No se olvide que el señor abogado comienza su argumento diciendo que es *evidente* que la palabra *suma*, de la Regla 3.^a del artículo 1377 citado, la usa la ley en el sentido de una cantidad ó conjunto de *dinero*.

De paso me permito haceros notar que si ello fuera *evidente*, no dejaría la menor duda, y por esto mismo estaría de más el demostrarlo.

Empero, el señor abogado que hace el argumento se empeña en demostrar *éso*, que es evidente, en su concepto. Resumo su argumento.

a) La Regla 3.^a, dice, tiene dos miembros. El primero es: “Deberán expresarse en el testamento las *especies*”; el segundo éste: “la determinada suma.” Por cuanto la conjunción disyuntiva *ó* está en medio de uno y otro miembro, es claro, en virtud de lo establecido, que el segundo miembro debe expresar cosa diferente de lo que expresa el primero; es así que el primero designa *especies*, luego el segundo debe designar algo diferente, algo que no sea especie. ¿Qué será, pregunto yo, ese algo diferente? pues *dinero*: ya el señor abogado ha dicho que la palabra *suma*, del segundo miembro, se usa *evidentemente* en el sentido de *dinero*.

¡Qué es esto! ¡Acaso el dinero no es también una *especie*!

El artículo 1020 del Código dice:

“El título es *singular* cuando se sucede..... en una *ó* más *especies* indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, SEISCIENTOS PESOS.”

Sustituyendo valores, como dice el señor abogado, quedaría la Regla 3.^a así:

“Deberán expresarse en el testamento las *especies* (digamos *seiscientos pesos*, pues la ley estima que esta cantidad es una especie), *ó* la determinada suma que ha de entregarse al albacea (por ejemplo: *seiscientos pesos*, pues el señor abogado afirma que *suma* es cantidad de pesos).

b) ¡Qué cosa tan singular! Dos expresiones idénticas que no indican, *ó* mejor dicho, que no pueden indicar—porque la conjunción disyuntiva *ó* lo impide—una misma idea. La expresión *seiscientos pesos*, del primer miembro, designa una *especie*, conforme á la ley (artículo 1020, transcrito); y la misma expresión del segundo miembro, aunque es indicante de dinero (SEISCIENTOS PESOS, por cuanto *suma* es dinero), y aunque el dinero es *especie*, no es tál en este segundo miembro, porque él debe designar cosa *diferente* de lo que expresa el primero: la conjunción disyuntiva *ó*, así lo exige.

De modo, pues, que dos objetos de una misma especie, perfectamente idénticos entre sí, porque una misma, idéntica expresión los designa (*seiscientos pesos*), son *diferentes* entre sí, no obstante su identidad. ¡Esto no se había visto nunca!

Luego es absurdo sostener que *suma* es indicante de dinero en la Regla 3.^a

Voy á contestar en el fondo el argumento en que me ocupo.

Dice así el señor abogado: “Es claro que tomada la palabra *suma*, usada por la ley en la acepción que le dan los abogados de la contraparte (de una *reunión ó conjunto de cosas*)..... quedaría la Regla 3.^a diciendo que deberían expresarse en el testamento las *especies* *ó* el determinado con-

junto de cosas, es decir, de *especies* que hubieran de entregársele al albacea fiduciario;..... inteligencia que haría aparecer á la Ley como pleonástica é ilógica en su redacción; pues se haría aparecer lo segundo, no como diferente, sino como idéntico á lo primero, careciendo, por consiguiente, de objeto el empleo de la conjunción disyuntiva ó."

Acaba de verse que esta objeción le viene de molde á la interpretación que la contraparte le da á la locución: *la determinada suma*, en cuanto toma la última palabra como equivalente de dinero, pues dinero es *especie*.

a) Causa extrañeza, á la verdad, que para fundar un argumento en pro de la opinión que se sustenta, se nos atribuya gratuitamente á los abogados de la oposición un concepto que no hemos emitido, que no ha podido estar en nuestra mente. Si sostuviéramos que llenaba el requisito de expresar la determinada suma el testador que dijera, por ejemplo: ordeno se entreguen á mi albacea fiduciario mi biblioteca, mi reloj, mi anillo, mi caballo y tales cosas, habríamos dicho una necedad, y sería fundado el argumento que se nos opone, porque el testador que así hable, designa evidentemente un conjunto de especies; y sería ello necedad nuestra, tanto porque semejante concepto llevaba en la expresión misma su refutación, cuanto porque no habría habido objeto en emitirlo, una vez que estamos refiriéndonos necesariamente á un hecho concreto: á la cláusula testamentaria del Sr. Uribe Santamaría, que dice: "la *cuarta parte* restante se entregará á mi albacea, con el comunicato....."

b) Yo insisto en que la palabra *suma*, de la Regla 3.^a, la emplea la ley en el sentido de conjunto, de "agregado de cosas," como dice el diccionario; y para hacer posible la discusión, prescindo de las observaciones que atrás he consignado.

Es indudable que el testador que ordene se entreguen al albacea la biblioteca, el reloj, el anillo, etc., designa un conjunto, un agregado, una *suma* de cosas; pero no es menos cierto que el *acervo líquido*, esto es, la masa de bienes "de que dispone el testador ó la ley," es también un conjunto, un agregado de cosas, una suma de cosas; si ello no fuera, dígame ¿qué es el acervo líquido? La masa de bienes que el testador ó la ley distribuyen entre los herederos ¿será acaso un ente de razón? Es imposible que los dos ilustrados abogados de la contraparte den respuesta afirmativa á esta pregunta. El acervo líquido es, sin duda alguna, una suma de cosas; luego la cuarta parte de ese acervo es también una suma de cosas; y no es una suma indeterminada, incierta, cual si se formara tomando un cuanto de bienes cualquiera, sin designio previo; nó, es un agregado *determinado*, por lo mismo que es la *cuarta parte*; no es más, no es menos. Lue-

go cumplió el requisito de la Regla 3.^a el Sr. Uribe Santamaría, cuando dijo que la cuarta parte restante de su caudal se le entregara á su albacea ; y lo cumplió porque expresó una determinada suma, un determinado conjunto de bienes. Es así como los abogados de la oposición entendemos las cosas, es ello lo que hemos afirmado ; no el incorrectísimo concepto que se nos atribuye, consistente en indicar conjuntamente especies, en decir : la biblioteca, el reloj, el anillo, etc.

a) Acaso se replicará que una cuota de un acervo líquido, la cuarta, por ejemplo, es un conjunto de bienes, de cosas, de especies, por lo cual, tomada la palabra *suma* en el sentido que le fijamos los abogados de la oposición, queda en pie aquel argumento de que el segundo miembro de la regla 3.^a no expresa cosa diferente de lo que indica el primero. La respuesta sería fácil é irrefutable : partimos de la distinción que el legislador mismo establece ; hablamos su propio lenguaje. La ley dice :

“ El título es *singular* cuando se sucede en una ó más especies ó cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa..... seiscientos pesos.”

Como se ve, estas asignaciones son específicas, constituyen un legado.

El título es *universal* cuando se sucede al difunto en todos sus bienes..... ó en una *cuota* de ellos, como la mitad, el tercio ó el quinto.

Estas asignaciones no son específicas, aunque la mitad, el tercio ó el quinto sea un conjunto de cosas, de especies. El legislador mismo establece la distinción. Nosotros, los de la oposición, la respetamos, y hablando como el legislador habla, fundamos en tal distinción nuestro concepto.

b) ¿Sostendrán los señores abogados de la parte actora que el acervo líquido no es un conjunto de bienes, de cosas ? Sostenerlo sería negar una verdad evidente. ¿No reconocerán que una parte de ese acervo es, por lo mismo que es parte, un conjunto de cosas ? ¿Afirmarán que la *cuarta* parte de ese acervo es un conjunto indeterminado de cosas, como lo sería el conjunto de granos de trigo que al azar se dejara salir de una saca que contuviera gran cantidad de este cereal ?

De otro lado : no ha podido escaparse á la perspicaz penetración de los mismos ilustrados abogados, el carácter esencial del concepto de los de la defensa, en cuanto al sentido de la palabra *suma*.

¿En qué se funda, pues, el argumento de la contraparte ? ¿Por qué se nos hace semejante argumento ?

Es que no pudiendo negarse que el testador determinó la suma que destinaba para el comunicato, al hablar como habló, pues la “*cuarta* parte restante” es un conjunto de co-

sas, de bienes ; no pudiendo, digo, negarse esta verdad evidente, se nos atribuyó á los abogados contrarios un despropósito, para darse la satisfacción de refutarlo con lujo de razones. Nuestra es, pues, la victoria.

a) Con motivo de haber sostenido en la audiencia, tanto el Sr. Dr. Caballero como yo, una doctrina que estima *teoría* incorrecta uno de los dos respetables abogados que sustentan el presente recurso, tiene á bien el mismo señor abogado, consignar en el folleto que contiene su alegato oral, estos conceptos:

“Por supuesto que no se puede desconocer que esa teoría, que carece de apoyo en la ley, no tenga, sin embargo, el mérito y el atractivo de la novedad, sin que por eso se la pueda despojar de la forma paradójal que la informa ; bien que sea preciso admitir que ha habido algo como *intrepidez* de parte de aquellos dos respetables abogados al sostener aquella singular doctrina.”

Pues bien : si la ventajosa posición en que nos hallamos, respecto del punto que se considera, correspondiera á nuestros contendores, estoy seguro de que el autor del pasaje transcrito tendría, refiriéndose á todos los abogados contrarios, la satisfacción de exclamar : *¡Intrepidez, intrepidez inaudita!* y á fe que tendría suma razón, porque no es lícito desfigurar los conceptos del adversario.

Yo no me apropio la exclamación, no obstante su oportunidad ; me limito á manifestar lo que creo que el señor abogado de la contraparte haría en tan propicia ocasión.

Considerad atentamente este resumen :

La consabida Regla 3.^a dice :

“Deberán expresarse en el testamento las especies ó la determinada suma que ha de entregársele (al albacea) para el cumplimiento de su cargo.”

Esta Regla debe traducirse así :

Deberán expresarse en el testamento las especies, v. gr. : tal caballo, tal casa, ó un caballo, tres vacas, *seiscientos pesos* (así habla el artículo 1020 del Código Civil), ó la determinada suma, v. gr. : *la cuarta* parte de que puedo disponer legalmente á mi arbitrio ; ó *la mitad* de esta cuarta parte.....

Correctísima es esta explicación, porque *suma* es “agregado de muchas cosas,” y aunque comúnmente lo es de dinero, no puede admitirse que en este sentido se tome en la Regla 3.^a, en fuerza de estas razones :

1.^a Porque la Regla 3.^a no habla de *dinero*, no entraña distinción, como la entraña el artículo 853, relativo al usufructuario, y el artículo 1789, sobre aporte de bienes á la sociedad conyugal (págs. 17, *b* ; 18, *a*, *b*).

2.^a Porque si en la mente del legislador hubiera estado referirse á dinero, nada más natural que decir: “ó la determinada suma” *de dinero* (pág. 18, b).

3.^a Porque cuando una palabra, empleada en un texto, tiene varios significados, prefiere el que mejor armonice con las demás disposiciones de la misma materia. Esto dicen, entre otros notables expositores, Laurent, Lacantinerie, Gregorio López, y Escriche. Sobre todo, la recta razón lo establece, pues la “armonía desaparece si los pasajes oscuros se entienden *en oposición* con los que son perfectamente claros” (pág. 18, c).

4.^a Porque tomada la palabra *suma* en el sentido de *porción*, de *cuota* de bienes, se establece perfecta armonía entre ella y las siguientes disposiciones del mismo Título: el primer aparte del artículo 1377, el artículo anterior á éste, y los siguientes: 1378, 1379, y particularmente el 1380 (pág. 19, a).

5.^a Porque la Regla 3.^a guarda más estrecha relación con los artículos 1243, 1246 y 1251, que hablan sobre *sucesión* por causa de muerte, que no con aquellos artículos sobre usufructo y aporte de bienes á la sociedad conyugal; y la armonía entre los primeros y la Regla 3.^a es completa, tomando la palabra *suma* en el sentido de *porción* de bienes, de *cuota* parte, pero no si se la toma como equivalente á dinero (pág. 19, a).

6.^a Porque el testador determina perfectamente la suma que es su voluntad destinar para el encargo secreto, haciendo uso de un número ordinal partitivo, en relación con el acervo líquido. Que es precisamente por este medio como el legislador de todos los tiempos ha reglado las asignaciones; que tal ha sido su lenguaje; que no ha podido ni podrá emplear otro (pág. 22, b).

7.^a Porque la distinción que el intérprete hace de *determinado* y *determinable* es caprichosa, por cuanto la ley no la establece, y es tendiente á dar fundamento á una opinión que no armoniza con las leyes de la materia (págs. 20, d; 21, a).

8.^a Porque DETERMINAR es *distinguir*, *discernir*; de modo que el carácter esencial de la determinación es la *distinción*. En consecuencia, lo filosófico y lo legal es que la determinación del testador conduzca necesariamente á la distinción, para que no haya confusión, ni duda. Recuérdesse lo establecido sobre la determinación de una superficie en un plano, por medio de una figura geométrica (págs. 20, c, d; 21, a).

9.^a Porque si debiera entenderse por *determinada suma* una cantidad de dinero, expresada por un número cardinal, digamos *seiscientos pesos*, se limitarían las facultades del

testador, en cuanto á usar íntegramente del derecho que en el particular le otorga la ley, y aún más: podría suceder que rebasara la porción de bienes, fijada por la ley, y se anulara en absoluto su disposición, según la *teoría* de los señores abogados contrarios. Esta interpretación conduce, pues, al despropósito de que el legislador reconozca un derecho, y haga imposible su ejercicio (pág. 23, a).

10. Porque el Derecho común es de aplicación en los casos de vacío ó de ambigüedad que ocurran en el Derecho de excepción, por lo cual debe buscarse en aquel Derecho la disposición que resuelva la duda que ofrezca la locución *determinada suma*; y esa disposición es el artículo 1126, según el cual una asignación á título universal es correcta (págs. 24, a; 26, a).

11. Porque el artículo 19 dispone que los pasajes oscuros de una ley se ilustren por las leyes análogas que versen sobre el mismo asunto, y ninguna ley es más análoga que la *correlativa* del Derecho Común (pág. 27, b).

12. Porque la conjunción disyuntiva *ó*, de la Regla 3.^a, hace imposible el dar á la palabra *suma* el significado de dinero (págs. 28, a, b; 29, a, b).

13. Porque los abogados de la oposición no hemos sostenido que para cumplir el requisito de la *determinada suma* deba el testador expresar, una á una, varias especies, diciendo: mi caballo, mi reloj, mi anillo; que antes bien, debe abstenerse de hacerlo, y designar la *cuota* de bienes, en relación con el acervo líquido, que destina para el encargo secreto (págs. 29, b; 30, a, b; 31, a, b).

Voy á fijar la consideración en el argumento capital que los dos señores abogados de la contraparte estiman decisivo.

Perdonad, señores Magistrados, tanta insistencia en el particular. Inspírame aliento vuestra benevolencia; y creo hallar excusa razonable en la siguiente manifestación de uno de aquellos señores abogados:

“La tacha principal, la tacha por excelencia, la tacha decisiva en el debate, es la basada en la violación de la Regla 3.^a del artículo 1377 del Código Civil de Cundinamarca; es decir, la tacha consistente en la circunstancia de no haberse expresado en el testamento del Sr. Uribe Santamaría las especies ó la determinada suma que habría de entregarse al albacea fiduciario para el cumplimiento de su cargo.”

Como veis, se insiste en sostener que el testador violó la Regla 3.^a del artículo 1377, por cuanto no cumplió el requisito de determinar la suma.

Los señores abogados que sustentan el recurso sitúan ahora el debate en un punto de vista en apariencia distinto.

Reproduzco sus conceptos pertinentes, tomándolos de sus alegatos orales.

Habla el Sr. Dr. Isaza:

“La nulidad de la institución del comunicato... es *manifiesta*.”

¿Por qué? Esta simple afirmación requiere prueba. Va, á darla:

“En efecto, el artículo 1377 del Código Civil de Cundinas marca determina las reglas á que deben sujetarse los encargos de esta clase, así:

.....
 “3.^a Deberán expresarse en el testamento las especies ó la determinada suma que ha de entregársele (al albacea) para el cumplimiento de su encargo.

“Faltando cualquiera de estos requisitos NO VALDRÁ la disposición.”

“La cláusula del Sr. Uribe Santamaría contiene las dos primeras condiciones...; pero no se sujetó esa disposición á la regla tercera copiada, *porque* no expresa ni *las especies* ni *la determinada suma* que deben entregarse al albacea para cumplir el encargo.

“Faltando, pues, como *evidentemente* falta, la determinación de las especies ó de la suma.... la disposición no vale, es nula.

“Para comprender esto (quizá quiso decirse: Para comprobar esto), basta leer el testamento y la ley que he copiado (el consabido artículo 1377), porque el testador no expresó en él ni suma, ni especies: se limitó á designar una cuota de sus bienes; hizo una asignación á título *universal*, en vez de establecer un legado ó asignación á título *singular*, que es *lo que la ley exige*, so pena de nulidad.”

.....
 “La asignación para un encargo secreto y confidencial debe ser, *por mandato indeclinable de la ley*, á título singular, bajo sanción de nulidad en caso de contravención...”

Prescindo de la designación de especies, porque es exacto que no se designaron. Concreto la atención al requisito de *la determinada suma*.

Fijaos, señores Magistrados, en el fondo de la argumentación del señor abogado.

Trátase de saber cómo se cumple el requisito de la Regla 3.^a, en cuanto á la determinación de la suma, esto es, cómo se determina la suma en consonancia con la Regla 3.^a, pues hay duda en ello, ó mejor dicho, sobre ello rueda la controversia: el señor abogado sostiene la necesidad de hacer asignación á título singular; nosotros, los de la oposición, sostenemos que la asignación debe hacerse á título universal, determinando la cuota.

En este conflicto de opiniones, el señor abogado pretende dar la prueba de su aserto; de la necesidad de hacer asignación á título singular, y procede así:

Copia la Regla 3.^a; establece comparación entre ésta y el testamento; hace notar que el testador hizo una asignación á título universal, en vez de establecer, dice, un legado ó asignación á título singular.

¿Por qué debió hacer el testador asignación á título singular? Porque eso es “lo que *exige la ley*; porque tal es el mandato *indeclinable* de la ley.”

¿Cuál ley? pues la Regla 3.^a; no se cita, no se hace referencia á otra.

Oh! nó. Saber lo que la Regla misma prescribe es, precisamente, lo que se investiga, lo que se está investigando. Se busca luz sobre esto:

¿Es conforme á la Regla 3.^a hacer una asignación á título *universal* para determinar la suma; ó más bien, es necesario hacerla á título *singular*? El señor abogado afirma lo último, y para probarlo, invoca esta misma Regla 3.^a, cuyo sentido se busca; dice que es la Regla 3.^a la ley que *exige* la asignación á título *singular*, olvidando que ello es precisamente el punto que se controvierte; que la Lógica le prohíbe apoyar su razonamiento sobre la misma proposición que va á demostrar. Hacer esto es dar por probado lo que va á probar. La *petición de principio* salta á los ojos.

¿Cómo es posible afirmar que la Regla 3.^a dice lo que evidentemente no dice?

La Regla estatuye simplemente que se exprese la *determinada suma*; y uno y otro abogado traducen esta locución así: *asignación á título singular*.

Aquí cabe bien exclamar: *intrepidez, intrepidez!*

No hay intrepidez en nosotros, dirán quizá los dos respetables abogados: es que gozamos del raro privilegio de *distinguir* á nuestro arbitrio *cuando la ley no distingue!*

De manera diferente procedemos los abogados de la defensa. Todos estamos de acuerdo en sostener que la *determinación de la suma* se realiza por medio de una asignación á título universal. Para probar esto, hemos hecho patente que la palabra suma está empleada en el presente caso en el sentido de cuota parte, de porción de bienes, porque tomada en este sentido guarda perfecta armonía la Regla 3.^a con las disposiciones del mismo Título y del mismo Libro 3.^o, con las cuales está en relación. Si yo he hecho alusión á Laurent, Lacantinerie, Gregorio López y Escriche, es porque los he estimado voceros de la Ciencia, y hallado *razonables* sus conceptos: no los cito como argumento de autoridad. Yo he observado que el carácter esencial de la determinación es la *distinción*, y que ésta se obtiene debidamente por la designación de una cuota. He hallado apoyo á mi opinión en lo que dispone el *Derecho común*, y en otras muchas razones, que

de manera breve he consignado en el *Resumen*, hacia el cual me permito llamar nuevamente vuestra atención.

He dicho que los señores abogados contrarios sitúan ahora el debate en un punto de vista en *apariencia* distinto, y así es la verdad.

Dicen hoy lo mismo que ayer dijeron. Están en el mismo punto de partida. Es que ha calado en el entendimiento de ellos esta idea: *suma* es *dinero*; y como el dinero es especie, indudablemente, es claro que la determinación de la suma, que prescribe la Regla 3.^a, es la determinación de una cantidad de dinero, y por lo mismo, el establecimiento de un *legado*. Esto creen sincera y firmemente los señores abogados, para quienes las razones de los de la defensa nada valen: es que “la voluntad es el órgano del entendimiento.”

Por cuanto su convencimiento es profundo, han llegado á penetrarse de que sus afirmaciones revisten los caracteres de la evidencia, y atribuyen á terquedad el que permanezcamos firmes en nuestra creencia. El Sr. Dr. Isaza se maravilla de que no reconozcamos la diferencia esencial que hay entre la herencia y el legado, por lo cual no se limita á citarnos las leyes que la establecen: las reproduce textualmente. Reproduce también las respetables opiniones del Sr. Bello sobre la diferencia entre *legado* y *herencia*, y acaba por invocar las decisiones que sobre la materia ha proferido la honorable Corte de Santiago de Chile.

Nosotros, los abogados de la oposición, no desconocemos tal diferencia esencial; no ignoramos aquellas leyes, ni las respetables opiniones del autor del proyecto sobre Código Civil; ni nos han causado sorpresa las decisiones de aquella respetabilísima Corte: es que nada de ello viene al caso; todo esto es extraño al asunto.

Que haya incompatibilidad entre la herencia y el legado, no es razón para que el testador no pueda designar lo uno ó lo otro para un encargo secreto: aun los *remedios contrarios* se pueden alegar subsidiariamente. En el caso actual puede designarse conjuntamente una cuota y un cuerpo cierto. El testador puede decir: designo para mi encargo secreto la cuarta parte de la porción de que puedo disponer á mi arbitrio, y además la casa *tal*; lo cual puede hacer en cuanto la suma de los valores de ambas cosas no rebase la mitad de la porción disponible, porque es prohibido el exceso sobre dicha mitad.

En fuerza de su profundo convencimiento dice el señor abogado:

“Faltando, pues, como evidentemente falta la determinación de *suma*, la disposición no vale.”

Permítame el honorable abogado que le replique, una vez más.

No es exacto que falte la determinación de la suma; menos razón hay para decir que la falta es *evidente*, una vez que hay designación de cuota: lo que es evidente que falta es el establecimiento de un legado; pero ello nada importa.

Insiste el señor abogado:

“Por más que se aguce la dialéctica, nunca será posible que nadie lea una *suma determinada*, en donde sólo se habla de la parte cuotativa de una universalidad de bienes.”

Esto es exacto, en cuanto *suma* signifique *dinero*; es muy cierto que determinada cantidad de dinero es cosa diferente de la parte cuotativa de una universalidad de bienes, porque conforme á las leyes es cosa esencialmente diferente: digamos *seiscientos pesos y cuarta parte* de un acervo líquido. Empero, yo he demostrado que no se puede tomar la palabra *suma* en tal sentido: véase el *Resumen*.

De otro lado: niego que sea permitido invocar la *evidencia* cuando se está ó debe estarse en busca de razones sobre que sustentar una proposición que se halla infirmada por otra, que se apoya en razones. Débese, en este caso, refutar estas razones, y aducir mejores.

El señor abogado sabe que el punto de partida de un razonamiento es una proposición axiomática, ó una que se haya justificado previamente; y si las deducciones son lógicas, se llega á una conclusión cuya certeza no deja lugar á duda racional; á una conclusión sobre la cual es imposible hacer más luz. En este caso puede alegarse la evidencia de la conclusión. Alegarla, como la alega el señor abogado, para justificar la exactitud de una afirmación que ha debido demostrar y que no ha demostrado, es procedimiento inadmisible por ilógico.

Partiendo el señor abogado de una evidencia real para él, aunque imaginaria, en vez de dar razones hace afirmaciones: dice que la nulidad del comunicato es *manifiesta*; que es *evidente* que el testador no determinó suma; que una cosa es lo determinado y otra lo determinable; que lo que la ley exige es esto y no lo otro; que el mandato de la Regla 3.^a, en el sentido de asignación singular, es *indeclinable*.

Reparad, señores Magistrados, que todo este conjunto de palabras lo es de afirmaciones no demostradas, por lo cual carecen de valor probatorio.

Mejor hubiera sido que los señores abogados contrarios no tomaran el rodeo que han tomado (así han procedido de consuno), y que hubieran procurado hallar buenas razones para demostrar la exactitud de su primera afirmación:

Suma significa *dinero*.

A esto queda reducido en el fondo su nueva argumentación. Han introducido un elemento inútil para ilustrar el debate; que sólo ha servido para confundirlos.

Para ellos es lo mismo designar tres caballos ó determinada suma, v. gr., seiscientos pesos. Tienen razón, en cuanto son consecuentes con el sentido que le asignan á la palabra *suma*.

Empero, hay un obstáculo para fijar esta interpretación.

¿El Sr. Dr. Isaza no aceptará el significado adversativo que su honorable colega le ha dado á la conjunción disyuntiva ó?

¿El Sr. Dr. Restrepo no retirará del debate el argumento que ha fundado en el sentido que le asigna á esta misma conjunción? (Pág. 28, a, b.)

A todo esto se reduce el anunciado argumento *capital*. ¿No juzgáis que más bien que argumento es una CAPITAL *petición de principio*?

El Sr. Dr. Isaza, fecundo en argumentos, presenta uno nuevo en apoyo de su opinión; pero es tan débil, tanto, que se disipa al contemplarlo.

Hélo aquí:

“¿La asignación para encargos secretos es institución de heredero ó de legatario?”

“La disposición transcrita lo dice claramente...”

“Al ordenar la ley que el albacea fiduciario debe tener las calidades necesarias para poder ser *legatario*, dice también que se trata de establecer un legado, y no de instituir un heredero.”

“Si hubiera querido que pudiera ser lo contrario ¿á qué hablar de legatario?”

“Eso no se compadece con el tecnicismo tan uniforme del Código Civil; con las definiciones tan completas que había dado en artículos anteriores.

“Es una pretensión, absolutamente inadmisible, el suponer siquiera que el eminente filólogo y jurista, redactor de esa obra, pudo ó quiso confundir la asignación á título singular con la herencia.”

Sorprende semejante argumentación.

Los abogados de la defensa no estamos en pugna con el tecnicismo del Código, ni con las definiciones del mismo, ni hemos tenido la pretensión de suponer que el Sr. Bello confundió el legado con la herencia.

Los conceptos transcritos revelan que no se ha fijado la atención ni en el texto de la ley ni en su filosofía. Dígolo con franqueza, porque no se puede hablar la verdad con timidez ni ambigüedad. Invoco la benevolencia del respetable abogado.

Que la Regla 2.^a del memorado artículo 1377 del Código Civil estatuye que el albacea fiduciario debe tener las calidades necesarias para ser albacea y legatario del testador, es innegable.

¿Cuáles son esas calidades?

Las del albacea consisten, principalmente, en ser mayor de veintiún años y en que se halle *exento*, entre otras, de las siguientes incapacidades: ser ciego, mudo, demente, fallido, disipador, lúbrico, ebrio consuetudinario, jugador, habersele privado de ejercer la patria potestad, haber sido removido de una guarda por torcida ó descuidada administración, ó haber sido condenado por fraude ó culpa grave á indemnizar á un pupilo.

Las calidades que se requieren para ser legatario son ser capaz y digno de suceder al testador.

¿Por qué exigirá la ley la concurrencia de unas y otras calidades en la persona del fiduciario? La conveniencia se palpa. Porque las asignaciones de carácter confidencial son asaz peligrosas: no se realizan sino después de la muerte del testador, quien no puede, por esto mismo, invigilar su cumplimiento; y como el secreto las ampara, nadie puede exigirle al fiduciario la justificación de sus procedimientos. Esta circunstancia obliga al legislador, cuya misión es amparar los derechos de todos, á garantizar el cumplimiento de la voluntad de los testadores. Para este elevado fin exige condiciones que hagan presumir idoneidad y honradez en los fiduciarios.

¿No es verdad que si la persona del fiduciario adolece de aquellas incapacidades: si es ciego, mudo, demente ó ebrio consuetudinario, no es de esperarse acierto en el desempeño del encargo? Si fuere jugador, fraudulento, disipador, inhábil para el manejo de sus propios bienes, ¿no es de temer que peligren en sus manos los bienes destinados al encargo? Y como es posible que no obstante el concurso de estas calidades, el fiduciario se apropie los bienes que recibe para la manda secreta, es natural que la ley exija también las de legatario, para que esos bienes no vayan á poder de una persona incapaz ó indigna de heredar al testador, porque, como he dicho, ser *capaz y digno* de suceder al testador son las calidades que la ley requiere para ser legatario.

Es pues correcto, y muy propio de un legislador cuerdo y sabio, exigir respecto del *fiduciario* las calidades que prescribe el Código.

Y por qué no exigir la ley, de preferencia, las calidades de heredero?

Porque si esto se hiciera se exigiría una calidad contraproducente respecto del fin que se tiene en mira. Para tener uno derecho á ser heredero se necesita cierto vínculo de consanguinidad, y es claro que un vínculo tal no hace presumir idoneidad ni hombría de bien; y si el testador tuviera que atender á esta calidad para el nombramiento de fiduciario, se

ción, resulta necesariamente que siempre el *fiduciario* será el asignatario. Esto cree el señor abogado.

Os declaro, señores Magistrados, que cuando tal concepto oí, de persona tan ilustrada, se apoderó de mí “el estupor de la admiración!” Dudé de la certeza de lo que acababa de oír, y en la duda he estado hasta cuando leí el dictamen que primero reproduje, y que hallaréis á la página 22, líneas 38 y 39 del folleto que contiene los alegatos orales de que he hablado. (1)

Paso á tratar de los principales conceptos que sobre este punto ha emitido el otro respetable abogado, el Sr. Dr. Restrepo.

Me apena el hablaros tanto sobre lo mismo; os creo fatigados. Suspended por algunas horas la lectura de este escrito, para reanudarla con espíritu sereno.

Considerad, señores Magistrados, que las opiniones opuestas á las mías, en el presente debate, se hallan amparadas por dos de los más respetables abogados de nuestro foro, y que la autoridad de ellos ejerce influencia grande aun sobre las personas más doctas, y precisamente sobre éstas, de modo particular, por cuanto saben apreciar debidamente la ilustración y talentos de mis honorables contendores.

Afirma el respetable abogado, y también su apreciable colega, que la asignación para el encargo secreto de que habla la Regla 3.^a no puede hacerse á título universal, como sostenemos los abogados de la oposición, porque ello sería hacer una institución de *heredero* de modo imperfecto, por cuanto no se puede determinar la persona del *asignatario-heredero* en las asignaciones de carácter secreto; determinación que prescribe el artículo 1113 del Código Civil. Que si bien es cierto que esta misma disposición comprende, por su generalidad, al legatario, pues dice: “*Todo* asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada....,” es indudable que cuando se trata de hacer una asignación de carácter secreto, si ésta es á título singular no hay necesidad de determinar el asignatario, no obstante lo dispuesto en el citado artículo 1113, por razón de que el Código establece, en la Regla 3.^a, una *excepción* á esta disposición general.

Es claro, digo yo, que si tal excepción se ha establecido, el argumento es irresistible.

Ahora bien: ¿cuál es esa Regla 3.^a á que se refiere el señor abogado? ¿es acaso la consabida Regla 3.^a del artículo 1377, de que tanto se ha hablado? La misma, se contestará; no hay otra.

(1) El concepto de que el asignatario ó legatario es el *albacea fiduciario*, reposa sobre una gran verdad, vislumbrada por el señor abogado, de la cual os hablaré oportunamente.

Y ¿cómo se ha desentrañado esa excepción oculta, contenida en la Regla y no advertida? Interpretándola debidamente, se contestará también.

El hecho es que, á juicio del señor abogado, la Regla 3.^a establece la excepción, porque “es precisa y exclusivamente de asignaciones á título singular, ó sea de legado, á lo que se contrae y á lo que se refiere expresamente la Regla.”

Expresamente? Sí: de modo categórico lo afirma el señor abogado, quien demuestra su aserto diciendo:

“..... tratándose de encargos secretos y confidenciales, hechos por un testador en su testamento, se expresa la ley así:

“3.^a Deberán expresarse en el testamento *las especies ó la determinada suma* que ha de entregársele al albacea fiduciario para el cumplimiento de su cargo; y ya se ve que una *asignación de especie ó de determinada suma* constituye un legado, siendo forzosamente *asignación á título singular*.”

Oh! sí, sobra de razón hay para establecer esta afirmación: olvidaba yo que los dos respetables contendores gozan del privilegio de distinguir cuando la ley *no distingue*; y que les es dado ampliar esta máxima, modificándola en sentido inverso, y *no distinguir* aunque la ley *distinga expresamente*; y aun les es permitido tomar en acepción impropia las expresiones de la ley, pues donde ésta dice *asignatario* les es potestativo leer *fiduciario*, como ha leído uno de los señores abogados; y donde dice *suma* puedan ellos leer *especie ó legado*.

Es á virtud de este privilegio como los señores abogados contrarios han desentrañado la excepción contenida en la Regla 3.^a, pues han podido leer la frase *la determinada suma* así: *la determinada especie*. Por este procedimiento admirable han *patentizado* el establecimiento de la excepción.

Cosa rara es que el señor abogado á quien estoy refiriéndome particularmente, diga:

“.....y ya se ve que una asignación de *especies* ó de determinada *suma* constituye un legado....”

De modo, pues, que es una misma, idéntica cosa, asignar una especie ó una determinada suma.

Empero, el mismo señor abogado ha establecido con anterioridad esto:

Que la Regla 3.^a contiene dos miembros, entre los cuales interpone la ley la conjunción disyuntiva *ó*; que el primer miembro es: “Deberán expresarse en el testamento las *especies*”; y el segundo éste: “*la determinada suma*”; que por cuanto la conjunción *ó* es disyuntiva (y adversativa), el segundo miembro debe expresar cosa *diferente* de lo que expresa el primero; que como el primero designa *especies*, es

claro que el segundo debe designar algo diferente, algo que *no sea especie*. (Página 28 de este folleto).

De modo, pues, que primeramente se ha sostenido que hay no sólo diferencia, sino hasta oposición, entre la asignación de una especie y la de una determinada suma. Tan profunda es esta convicción en el señor abogado, que tiene á bien decir que otra "inteligencia de la ley haría aparecer al legislador como absolutamente incorrecto en su lenguaje..... y á la Ley como pleonástica é ilógica en su redacción; pues haría aparecer lo segundo, *no como diferente*, sino como *idéntico* á lo primero, careciendo, por consiguiente, de objeto y de aplicación el empleo de la conjunción disyuntiva *ó*." (Página citada).

Esto se ha sostenido, con profunda convicción, como se ve. Al presente se sostiene lo enteramente opuesto, á saber: la *identidad* perfecta entre lo uno y lo otro; entre el primer miembro y el segundo de la Regla 3.^a Muy bien que uno cambie de opinión en cualquier asunto, sin que haya por ello justo motivo de censura, cuando el cambio se funda en buenas razones; pero no estimo correcto, ni explicable en buena lógica, que operado el cambio, no se retire del debate el argumento que se funda en la primera opinión, *contraria* á la segunda; que antes bien, se le conserve intacto, como al presente sucede, pues á la página 9 del alegato oral se halla el mismo primitivo argumento, el que se funda en el sentido que se da á la conjunción disyuntiva *ó*.

¡Cómo olvidar que el punto que se controvierte tiene por base la explicación de la Regla 3.^a!

El objeto de este largo debate ha sido y es establecer de modo correcto la manera como el testador debe determinar la suma que destina para el encargo secreto: si por asignación á título universal, ó á título singular. Siendo esto lo que se investiga, causa extrañeza que tan buen razonador, como lo es el respetable abogado contrario, dé por probado lo que precisamente debe probar; que lo afirme como verdad inconcusa; que no otra cosa es afirmar que la Regla 3.^a establece *expresamente* la indicada excepción, esto es, que la Regla 3.^a ordena al testador, no que exprese la determinada *suma* sino la determinada *especie*. ¡Manifiesta petición de principio!

Opinan de idéntica manera en este punto los dos distinguidos abogados de la parte recurrente, y para avigorar el argumento que acabo de impugnar, hace mérito el Sr. Dr. Isaza de varias decisiones de la Corte de Justicia de Santiago de Chile. De éstas, la que mejor viene al caso, es la marcada con el número 1319 en el Diccionario de Jurisprudencia de José Ramón Ravest, que en lo pertinente dice:

“Que si pudiera designarse para encargos secretos y confidenciales una cuota de la herencia, resultaría que podía dejarse la designación de un heredero al arbitrio ajeno, lo que es ilegal (artículo 1063), y además, dicha designación no cumpliría con el precepto legal (artículo 1056), de que el heredero sea una persona cierta y determinada.”

No obstante el respeto que me inspira tan honorable Corte, me permito comentar el pasaje preinserto, en obsequio de la causa que defiendo.

Es exacto lo que dice la Corte: si se permite que el testador designe una cuota de la herencia para su encargo secreto, ello equivale á dejar al arbitrio del fiduciario la elección de heredero, lo cual no se halla en consonancia con el artículo 1063 del Código de Chile, que es idéntico al 1123 del Código de Cundinamarca, y cuyo tenor es éste:

“La elección de un asignatario..... no dependerá del puro arbitrio ajeno.”

También es exacto que haciéndose una designación de cuota no se llena, por ser secreta, el requisito del artículo 1056 de aquel Código, correspondiente al 1113 del de Cundinamarca, que dispone que todo asignatario debe ser una persona *cierta y determinada* (1).

Ambas observaciones del respetable Tribunal de Chile constituyen un argumento tan amplio que no prueba nada, porque si es ilegal dejar al arbitrio ajeno la designación de heredero, lo es igualmente dejar al mismo arbitrio ajeno la designación de legatario; y si asimismo es ilegal no designar la persona del heredero de modo cierto y determinado, lo es también no designar de idéntica manera la persona del legatario, por cuanto ambos artículos hablan de *asignatarios*, y tanto lo es el heredero como el legatario.

Si pues el testador no pudiera, en razón de lo que se acaba de establecer, hacer asignación á título universal ni á título singular, ¿cómo expresaría la cantidad que es su voluntad destinar para el encargo secreto? De ninguna manera. El argumento prueba, pues, tanto que no prueba nada.

Continúa el honorable Tribunal:

“Que en los encargos fiduciarios debe precisamente determinarse la especie ó cuerpo cierto que se entrega al albacea artículo 1312 (que corresponde al memorado artículo 1377 de Código Cundinamarqués).”

Es indudable que cuando el testador destina para su encargo una especie ó cuerpo cierto, debe determinarlo de mo-

(1) Me abstengo, por ahora, de objetar la opinión de tan honorable Corte, en cuanto ve, tras la asignación universal ó singular, la institución de heredero ó legatario, respectivamente. Hablo como habla esa elevada Corte.

do preciso; lo cual no es obstáculo para que destine á su encargo una porción, una cuota de la herencia (que no exceda de la mitad de la porción disponible), determinándola por medio de un número partitivo, pues el artículo 1312 del Código de Chile permite al testador destinar para ello una determinada *suma*, como lo permite nuestro artículo 1377.

Por lo demás, son aplicables á la decisión del Tribunal de Santiago las observaciones que sobre la materia contiene este alegato.

Si para los señores abogados contrarios es de gran fuerza, como argumento de autoridad, la decisión que acabo de considerar, no sucede lo mismo respecto de mis honorables colegas y de mí, porque es la autoridad de la *razón* la única ante la cual nos inclinamos. Respeto muy grande, pero no más que respeto, nos inspiran las decisiones del augusto Tribunal.

Para concluir el examen del punto sobre que versan las anteriores observaciones, entremos, señores Magistrados, aunque sea sucintamente, en otro orden de ideas. Exploremos el campo de la filosofía de la Institución sobre encargos secretos, y veréis cuánto resplandece la exactitud de mis conceptos.

Atrás dije, de paso, que el legislador había reconocido la conveniencia indiscutible de otorgar al testador la facultad de hacer encargos secretos y confidenciales. Unos y otros abogados estamos en perfecto acuerdo sobre la conveniencia, realmente indiscutible, de otorgar al testador tal facultad. En una palabra: reconocemos todos que esta facultad constituye una necesidad social, de imprescindible satisfacción.

Creo que también estamos de acuerdo en reconocer que hay obstáculos y peligros que son inherentes á la Institución, por lo cual ha sido preciso que el legislador éntre en la inquisición de tales obstáculos y peligros, para eliminarlos ó atenuarlos.

Como la Institución reposa sobre el *secreto* del encargo, hubo de reconocer que las dificultades que se ofrecen provienen de esta circunstancia, por cuanto el secreto impide toda posterior investigación tendiente á la justificación del fiel cumplimiento del encargo. El temor del no cumplimiento de parte de la persona depositaria del secreto debió ser lo primero que llamó la atención del legislador, pues las disposiciones del Derecho común ponen de manifiesto cuánto lo preocupa la eficacia de la voluntad del testador, en razón de que no inspira, no puede inspirar, en la casi totalidad de los casos, confianza absoluta la probidad de las personas á quienes el testador encarga el cumplimiento de sus disposiciones. Por esto se dispone en el Derecho común que la facultad de testar es indelegable, aparte de otras disposiciones

que son sus corolarios. En el Derecho de excepción, de que se trata, se infringe necesariamente este gran principio, esta garantía tutelar, por cuanto lo *secreto* del encargo deja al fiduciario, *en el hecho*, la facultad de la elección del asignatario. Esta excepcional circunstancia ha obligado al legislador á reglar la Institución en el sentido de abundar en garantías. De ahí que disponga:

1.º Que los encargos secretos se hagan respecto de la cuantía de bienes de que pueda disponer *libremente* el testador.

Esta disposición pone en salvo la porción legitimaria, y también la cuarta de mejoras.

2.º Que concurren en el *fiduciario* las calidades de albacea y legatario.

Ya se ha visto lo que esto significa.

3.º Que el fiduciario jure desempeñar fiel y legalmente su cargo.

4.º Que jure, igualmente, que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador á una persona incapaz, ó invertirla en un objeto ilícito.

El legislador habla de *incapacidad* y de *ilicitud*, no de indignidad, porque juzgó que aquéllas afectan directamente el Derecho Público de la Nación.

No pudiendo estimar el legislador perfectamente suficientes las expresadas garantías, quiso atenuar la gravedad, no ya del peligro de la infracción, sino del mal consiguiente al no cumplimiento del encargo, y por ello (en parte) estatuye que no se puede destinar á dichos encargos secretos más que la *mitad* de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer á su arbitrio.

Finalmente, prescribe lo que estimó conveniente en beneficio de los legitimarios y de los acreedores hereditarios, sin grave menoscabo de la Institución fiduciaria.

Si en parte, para atenuar el mal del no cumplimiento del encargo y para ciertos efectos, perfectamente correctos, de que hablaré, tuvo á bien el legislador restringir la facultad del testador en cuanto á la cantidad que puede destinar para el encargo secreto, no permitiéndole que exceda de la mitad de la cuantía de que siempre puede disponer á su arbitrio, pregunto: ¿cuál puede ser el justo motivo, cuál la poderosa razón que determinara al legislador á restringir aún más, como se pretende que ha restringido, la facultad del testador, hasta el punto de entrar en la nimiedad de disponer que sólo *especies* puede destinar para su encargo? ¿Por qué prohibirle la designación de cuota? Lo que se ve que importa, en consideración á tal motivo y para ciertos efectos, es que el testador no incurra en excesos; que no

rebase dicha mitad, y que determine con claridad lo que destina para su encargo, esto basta. Además, le es más fácil al testador, permitiéndosele la designación de cuota, el ejercicio de la facultad que se le reconoce, que colocándolo en la necesidad de designar especies porque, como ya he patentizado, es un imposible apreciar debidamente el valor que ellas tengan en época futura, y por tanto sucederá que el testador, ó se queda corto ó se excede al hacer la designación de especies; y recordad, señores Magistrados, que se ha sostenido que cualquier exceso vicia de nulidad absoluta la asignación.

Paréceme oír, á un tiempo mismo, unánime protesta contra mi aserto, de parte de los señores abogados contrarios. No ha podido ser indiferente para el legislador, se me dirá, el que la asignación para un encargo secreto se haga á título universal ó singular, porque al hacerla de la primera manera sucedería que el desconocido asignatario tendría carácter de *heredero*, y ello introduciría perturbación en las disposiciones del Código sobre *pago de las deudas hereditarias*. Se me observará que el artículo 1420 del Código Civil Cundinamarqués estatuye que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos á prorrata de sus cuotas, de modo que el heredero del tercio, por ejemplo, no es obligado á pagar sino el tercio de todas esas deudas; y de ahí que si se admite que el asignatario, á quien un comunicato favorece, puede tener carácter de *heredero*, resultaría, en el caso de tenerlo, que se perjudicarían dichos acreedores, porque siendo desconocido como es tal asignatario-heredero, quedarían ellos en descubierto de sus créditos en la parte que á éste le correspondiera pagar, lo cual, dice el Sr. Dr. Restrepo, “no lo consiente ni la justicia ni la equidad, ni nunca lo podría autorizar ni sancionar la ley.”

No ha podido, pues, estar en la mente del legislador estatuir que la asignación para un encargo secreto se haga á título universal; es forzoso hacerla á título singular. Así lo establecen de modo expreso los señores abogados. Muy bien.

Y ¿qué sucederá en la misma hipótesis sobre que se razona (de que haya que atender al pago de deudas hereditarias), haciéndose tal asignación á título singular? Pues que *todos* los herederos responden de la *totalidad* de las deudas, á prorrata de sus cuotas, sin poder ejercitar acción, para el reintegro de su legítima, contra el *desconocido* legatario, por el hecho mismo de serlo.

Todo el tratado de la sucesión por causa de muerte reposa, bien lo sabéis, sobre el principio de la restricción de la libertad de testar, en consonancia con lo que se llama el *derecho de familia*, según el cual son porciones sagradas la

mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, las cuales no deben afectarse con el pago de las deudas hereditarias, en *beneficio* de la asignación singular destinada para el encargo secreto. En este particular diré, imitando al Sr. Dr. Restrepo: semejante desfalco de la legítima, de la porción sagrada, no lo consiente la justicia ni la equidad, ni nunca lo puede autorizar ni sancionar la ley que tiene por base el derecho de familia.

El argumento de los señores abogados en contra de la asignación á título universal es, pues, igualmente aplicable, en el fondo, á la asignación á título singular. En el primer caso se afecta el derecho de los acreedores hereditarios; en el segundo, el *derecho de familia*.

Téngase presente lo que he insinuado: la Institución Fiduciaria está rodeada de grandes inconvenientes, y es preciso tolerar los que le son propios, los que le son inherentes por su naturaleza, ó abstenerse de establecerla. El legislador optó por lo primero, con razón, y ha procurado atenuar dichos inconvenientes.

¿Qué ha dispuesto en previsión de que haya acreedores hereditarios que exijan el pago de sus créditos con posterioridad al juicio de sucesión? Ya lo he insinuado: reducir á la *mitad* de la porción de libre disposición, la cantidad que puede destinar el testador para el encargo secreto. Así pues, cuando los legitimarios son descendientes, dicha mitad es la mitad de la cuarta del acervo líquido, esto es, la *octava* parte de la herencia. En este caso, el testador puede disponer para su encargo, de la mencionada octava parte; y queda en poder de los legitimarios la otra octava parte, en resguardo de sus legítimas.

Hé aquí otro remedio: el albacea fiduciario puede ser obligado, á instancia de un albacea general, ó de un heredero, ó del curador de la herencia, á dejar en depósito ó á afianzar la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue, para responder con esta suma á la acción de reforma, lo cual tiene por objeto, como se palpa, resguardar las legítimas en el caso de que haya deudas hereditarias.

El Juez se halla autorizado para aumentar dicha cuarta, si lo creyere necesario.

Se ha dispuesto, además, mantener este *statu quo* por el término de cuatro años, á partir del día en que se abrió la sucesión.

Avigoran estos medios atenuantes las siguientes circunstancias, que ocurren en todos los juicios de sucesión.

Como el acervo líquido se forma deduciendo de la masa varias cantidades, entre ellas la necesaria para el pago de los acreedores hereditarios conocidos, sucede que la asigna-

ción secreta, á título universal, no afecta las legítimas sino en el caso de que haya acreedores hereditarios que ocurran, concluido que sea el juicio de sucesión; lo cual es improbable que suceda por cuanto el juicio no se sigue subrepticamente: á todos los acreedores se les cita y emplaza por edictos que se publican, y el juicio no dura menos de un año, y esto sucede en la casi totalidad de los casos, de modo pues que el argumento de los señores abogados contrarios se funda en un hecho muy improbable; en un hecho que la ley prevé, y cuyos inconvenientes atenúa, y contra el cual argumento se opone otro que lo infirma: el de que la asignación singular, la única que los señores abogados reconocen, trae á su vez un inconveniente análogo al que se atribuye á la asignación á título universal.

Se advierte sin dificultad, considerados los medios atenuantes que el legislador ha establecido, que éste tuvo en cuenta los inconvenientes de la Institución cuando se decidió á establecerla.

Es el momento de hacer, sobre el punto que examino, una observación decisiva. Me había abstenido de hacerla por dos motivos: era el uno que deseaba contestar á los argumentos de la parte contraria hablando su propio lenguaje, colocándome en el mismo terreno en que ella ha situado el debate; el otro motivo ha sido la necesidad de establecer ciertos antecedentes que son base de mi razonamiento.

Bien pueden tacharse de intrépidas en esta vez, quizá con razón, las opiniones que voy á consignar, por cuanto carecen del apoyo de un nombre respetable, y les son contrarias otras, muy dignas de ser atendidas. Confieso mi propia insuficiencia, y sé que estoy muy lejos de ocupar puesto de autoridad en el campo de la ciencia; pero me alienta la autoridad de la *razón*: cedo á la influencia de lo que estimo verdad.

Bien pues: la argumentación de los dos señores abogados de la parte recurrente estriba principalmente en un concepto que estiman ellos correcto, incontestable, y que yo juzgo erróneo.

Ambos señores abogados profesan una misma opinión, que condensa así el Sr. Dr. Isaza:

“¿ La asignación para encargos secretos debe ser de cuotas ó de especies ó sumas determinadas? ¿ Es institución de *heredero* ó de *legatario* ?

“ La disposición transcrita (artículo 1377) lo dice claramente: las especies ó sumas determinadas en que *debe consistir* son absolutamente incompatibles con una asignación de cuota, como la mitad, la cuarta parte de la herencia.

“ Al ordenar la ley que el albacea fiduciario debe tener las calidades para poder ser legatario, dice también que se trata de establecer un *legado* y no de instituir un *heredero*.”

En impugnación de la doctrina del Tribunal sentenciador se expresa así el mismo Sr. Dr. Isaza :

“..... él quiere que se determine, por el método inductivo también, la especie ó cantidad, olvidando que dos cosas tan opuestas no pueden coexistir, que lo universal y lo singular son términos que se excluyen..... que el asignatario, ó es *heredero* ó es *legatario*, que no puede ser á la vez lo uno y lo otro.....”

Es perfectamente exacto, en el *Derecho común*, que todo asignatario testamentario tiene forzosamente una de estas calidades : ó es *heredero* ó es *legatario* ; de modo que si no es lo uno ó lo otro, no es asignatario.

Ahora bien : ¿cuáles son los hechos constitutivos de las calidades de *heredero* testamentario y *legatario* ? Son dos, igualmente importantes :

1.^a Que el testamento haga una asignación á título universal, para que haya heredero ; á título singular, para que haya legatario ;

2.^a Que asimismo exprese el testamento la persona, cierta y determinada, natural ó jurídica, del asignatario : bien por su nombre, bien por indicaciones claras del testamento. Esta designación, cierta y determinada, es tan indispensable, que el artículo 1113 estatuye :

“De otra manera la asignación se tendrá *por no escrita*.”

De modo, pues, que no haciéndose la asignación de la manera establecida, no hay institución de heredero ni de legatario.

En la Institución Fiduciaria de que se trata, que constituye *Derecho de excepción*, como lo he patentizado, ¿habrá institución de heredero ó de legatario, por el hecho *único* de que el testador haga una asignación á título universal ó singular, respectivamente ? No : el *Derecho común* no lo consiente ; el *Derecho de excepción* no lo consagra.

El sentido común, la recta razón no puede hallar esa persona cierta y determinada á quien asignar el carácter de heredero ó legatario, no señalándola el testamento, por ser el caso de encargo secreto.

Hay más : puede no haber, en rigor, asignatario alguno, en cuanto el encargo se encamine á la realización de un objeto.

Es un hecho psicológico, que ningún pensador ignora, el que á la mente se presentan, siempre asociadas, dos ó más ideas que desde el primer momento se le han presentado así, y que de la misma manera han continuado presentándosele, por hallarse enlazadas por un vínculo de relación.

La asignación universal sugiere la idea de institución de heredero ; la asignación singular, la de legatario. Son coexistentes estas dos ideas.

Como el espíritu se halla bajo la influencia de tales ideas al contemplar las disposiciones que reglan la Institución Fiduciaria, procede en consonancia con esas mismas ideas.

No se reflexiona que no hay, que no puede haber *asignatario-heredero*, ni *asignatario-legatario* en el Derecho de excepción.

Es tan grande la influencia que sobre la mente ejerce la precognición de las ideas, que es natural se pregunte cómo puede existir una asignación sin heredero ó sin legatario. Se dirá, una asignación que no se hace real, que no se hace efectiva, por cuanto no hay heredero ni legatario, es una asignación hecha *al aire*. No es esto verdadero.

La asignación se realiza por medio del fiduciario: ora ejecutando la obra, llenándose el objeto que tuvo en mira el testador; ora entregando á una persona, que el fiduciario conoce ó elige, los bienes que el testador ha designado para ello. La asignación es, pues, realizable: lo que en el particular sucede es que no existe la entidad *jurídica* que se llama *heredero ó legatario*. Esto depende de la *naturaleza* de la Institución.

No se pierda de vista que el hecho que informa la Institución Fiduciaria, que es el alma de ella, es satisfacer la *necesidad* que tienen los testadores de *hacer encargos secretos y confidenciales*; que no se trata ya de instituir un *heredero ó un legatario*; que ello no tendría objeto, por lo cual no entra necesariamente en el desarrollo de la Institución el que deba hacerse, precisamente, asignación á título singular. Lo que se desea es que el testador pueda hacer efectivo, sin dificultades ni peligros, y dentro de ciertos límites razonables, un acto de su voluntad, en favor de quien le dé la gana, ó para la realización del objeto que le plazca.

Tal es, en mi humilde concepto, la filosofía de la Institución Fiduciaria.

Es tan notoria, para todo jurista, la necesidad de la determinación de la persona del asignatario, ya se haga por su nombre, ya por indicaciones claras del testamento (artículo 1113, Código de Cundinamarca, 1056 del chileno), que sin esa determinación no hay institución de asignatario: no hay heredero ni legatario. Los señores abogados están perfectamente penetrados de esta verdad; pero colocados en el campo del Derecho de excepción, se ha oscurecido su clara visión. La asignación singular, la única posible para ellos en los encargos secretos, los obliga á buscar la persona del legatario, que debe ser cierta y determinada, según sus ideas. El Sr. Dr. Isaza busca esa persona, y no hallando otra, cierta y determinada por su nombre, que la del albacea *fiduciario*, Sr. Francisco Soto Villamizar, exclama: ¡hé ahí el *asignatario*! El fiduciario ¡asignatario!

El Sr. Dr. Restrepo cede á la influencia de la misma verdad.

Dice, os lo he hecho notar, que no es permitida la asignación universal, porque entraña institución de *heredero*; y que en los encargos secretos no puede hacerse tal institución, por cuanto no se puede determinar la persona; que sólo es posible la de legatario. Se le replica que la misma ley (el artículo 1113) requiere igual determinación respecto del legatario; y no pudiendo desconocer la exactitud de la observación, contesta: es que la Regla 3.^a establece excepción en cuanto al legatario. Busca uno esa excepción, y no la halla; cual si se ocultara en el acto mismo en que se la busca. Recordad mis palabras en el particular (pág. 43).

Uno y otro abogado han vislumbrado la gran verdad, á saber:

En el *Derecho de excepción* no hay, no puede haber institución de heredero ni de legatario, porque es *imposible* la determinación, aunque por otra parte haya asignación universal ó singular.

Ellos han vislumbrado esta verdad; no han recibido de frente sus resplandores, y de ahí que divaguen. Estando en la aplicación del *Derecho de excepción*, en vano buscan esa persona, que, según sus ideas (correctas en cuanto al Derecho común) debe ser cierta y determinada, para que tenga el carácter de legatario, que creen debe tener; y como no la hallan, ambos incurren en los errores apuntados: ante la ley, nunca el *fiduciario* puede ser el *asignatario*; nunca se hallará en la Regla 3.^a la *excepción* de que habla el Sr. Dr. Restrepo. Todo esto proviene de que no se han penetrado de la *naturaleza* del Derecho de excepción.

Caen, pues, por su base las argumentaciones que se fundan sobre la creencia de que en el *Derecho de excepción* se tiene en mira establecer *legados*, instituir *legatarios*.

El último argumento que he impugnado, el de que los acreedores hereditarios serían perjudicados si la asignación secreta pudiera hacerse á título universal, cae también por su base: ¿quiénes estarán obligados á pagar la *totalidad* de las deudas hereditarias? *Todos* los asignatarios que tengan el carácter *jurídico* de herederos; nunca el desconocido asignatario, aunque la asignación se le haga á título universal, por cuanto ésta no le da carácter de heredero, como acabo de patentizarlo.

Sucedará entonces que alguna vez se afecten las legítimas, por ser insuficiente la otra mitad de la porción disponible, esto es, la otra octava parte que el legislador reserva para atender al pago de las deudas *hereditarias* que aparezcan; y bien puede suceder que hasta la legítima rigurosa su-

fra considerable desfalco, al par que se conserva intacta la porción del comunicato, lo cual es una irregularidad (lo reconozco) que contraría el principio sobre que reposa el sistema del Código: el *Derecho de familia*. Empero, lo he dicho más de una vez: inconvenientes tales le son anexos á la Institución Fiduciaria. Permítaseme una trivialidad: para fundar un *Derecho de excepción* es necesario establecer disposiciones excepcionales respecto del *Derecho común*, porque si éstas no se establecieran, cómo podría haber *Derecho de excepción*!

Permitir que se afecte el *Derecho de familia* es una irregularidad en el sistema del Código, como acabo de reconocerlo; mas esto es un inconveniente mínimo, que á su vez entraña homenaje de respeto á la sacrosanta libertad de testar!

En consecuencia: el Sr. Mauricio Uribe Santamaría no infringió la Regla 3.^a del artículo 1377 del Código Civil de Cundinamarca, al destinar en su testamento, para el comunicato de que habla, una determinada suma, consistente en la cuarta parte del caudal inventariado. El error en que incurriera respecto de la estimación de dicha cuarta parte, en cuanto á su magnitud, no afecta en lo mínimo la expresada Regla 3.^a Tal error no es omisión de ninguno de los requisitos que estatuye la indicada Regla.

Luego la cláusula testamentaria del mismo señor no es nula por razón de violación de tal Regla. Luego el Tribunal sentenciador no ha infringido el memorado artículo al declarar válida la cláusula. Luego el recurso de casación interpuesto es improcedente en este punto.

La primera causal de casación alegada por la parte recurrente, de la cual hablo, tiene por fundamento la supuesta nulidad de la cláusula testamentaria del Sr. Uribe sobre el comunicato; nulidad que se hace consistir en dos hechos: el primero es la omisión de los requisitos que prescribe la Regla 3.^a del artículo 1377 del Código Civil de Cundinamarca, punto que acabo de examinar; el segundo hecho es la violación, de parte del testador, de una disposición prohibitiva: el artículo 1378 del mismo Código, que corresponde exactamente al 1313 del Código de Chile, y que dice:

“No se podrá destinar á dichos encargos secretos más que la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer á su arbitrio.”

Y como el testador, para el comunicato, dispuso de dicha cuarta, íntegramente, la parte que ha interpuesto el recurso sostiene que el Tribunal sentenciador ha debido declarar nula la cláusula testamentaria, en consonancia con lo que estatuye el preinserto artículo 1378 y el 7.^o del Código de Cundinamarca, cuyo tenor es este:

“Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto expresamente designe otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención.”

La parte demandada ha sostenido y sostiene que si bien es cierto que el testador no debió destinar para el comunicato sino la mitad de dicha cuarta parte, no es menos exacto que la acción procedente, que en oportunidad pudo ejercitar la demandante, fue la de *reforma* de la cláusula testamentaria, en cuanto al exceso sobre la indicada mitad, no la de nulidad que ha ejercitado. Fúndase esta aserción en lo siguiente.

La Sra. Inés Uribe de Fonnegra ha sido la única legítima del Sr. Mauricio Uribe Santamaría, y por esto, á ella correspondía, por ministerio de la ley, la mencionada mitad *excedente*.

El artículo 1279 del Código mencionado dice que los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tienen derecho á que se *reforme* á su favor el testamento.

El artículo 1280 del mismo, se halla en íntima relación con el precedente, pues dice:

“En general, lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma es su legítima rigurosa, ó la efectiva en su caso.”

Ahora bien: como el artículo 7.º, transcrito, que establece la nulidad de los actos prohibidos, y que sirve de apoyo á la parte demandante, salva de la nulidad aquellos actos respecto de los cuales la ley ha establecido expresamente otro efecto distinto para el caso de contravención; y como, en el asunto de que se trata, la ley ha establecido el remedio de la *reforma*, de modo expreso, pues expresos en el particular son los artículos 1279 y 1280, cuyo tenor se conoce, es claro que la acción procedente ha sido la de *reforma*, como lo ha sostenido la parte demandada, en cuanto al exceso sobre la mitad de la cuarta de libre disposición.

La parte demandante se mantiene en la creencia de que tiene derecho al ejercicio de la acción de nulidad, exclusivamente.

Son dos las mejores razones en que apoya su aserción el Sr. Dr. Restrepo.

1.ª Sería preciso, dice, para que la acción de reforma de la cláusula prefiriera á la de nulidad de la misma, que el artículo que prohíbe al testador destinar á encargos secretos más que la mitad de la indicada porción, á saber: el 1378, designara el efecto distinto del de la nulidad para el caso de que se le violase, por ser esto lo natural, lo lógico. “No obstante, dice textualmente el señor abogado, no me aparto de

que bien hubiera debido designar (el legislador), en artículo anterior ó posterior, el efecto distinto del de la nulidad, que hubiera de producir la contravención á la disposición prohibitiva; pero lo que sí era esencial, aquello de que no era dado prescindir, era que en esa disposición anterior ó posterior se dijera *expresamente* que la contravención á la prohibición contenida en el artículo 1378, aparejaba tal ó cuál efecto, distinto del de la nulidad. Que de no procederse así, el acto vedado quedaba comprendido en la regla general del artículo 7.º, es decir, revestido con el sello de la nulidad absoluta.”

Hace notar luégo el señor abogado que en el Código no hay artículo alguno “anterior ó posterior al 1378 de él, en el cual *expresamente, paladinamente, con palabras claras y precisas*, se diga que la contravención á la prohibición contenida en dicho artículo no apareja el efecto de la nulidad, y que el efecto que tal contravención acarrea sea otro, que naturalmente debía estar consignado en tal disposición.”

Como no hay artículo en el Código (y es la verdad) en que tales cosas se digan, deduce el señor abogado que el hecho prohibido (el haberse extralimitado el testador al destinar para el comunicato toda la dicha cuarta) queda excluido absolutamente del caso de excepción que consagra el artículo 7.º, y por esto comprendido en la disposición general, es decir, que es absolutamente nulo el hecho.

El señor abogado incurre en inexactitud al interpretar el artículo 7.º; le atribuye un concepto no contenido en él (1); concepto natural, al parecer correcto, inocente; no obstante que su trascendencia es grandísima.

La cuestión se reduce á interpretar el artículo 7.º Lo reproduzco:

“Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto expresamente designe otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención.”

¿Qué es lo que *expresamente* debe designarse? el efecto distinto de la nulidad para el caso de contravención. Esto es evidente.

Al dar principio á su argumentación el señor abogado, y en el curso de ella, reconoce la exactitud de lo que acabo de afirmar.

Empero, dice en seguida, como se ha visto:

(1) He releído con suma atención los apartes en que el señor abogado consigna sus opiniones en el particular, y al par que me he convencido de su inexactitud, me he persuadido de que la buena fe ha presidido á la formación y exposición de ellas. De modo insensible se ha deslizado el error en la argumentación del señor abogado. En esta vez, aun más que en otra alguna, me he penetrado de la gran verdad que encierra aquel aforismo: *La voluntad es el órgano del entendimiento*.

“..... lo que sí era esencial, aquello de que no era dado prescindir, era que en esa disposición anterior ó posterior se dijera *expresamente* que la CONTRAVENCION á la prohibición contenida en el artículo 1378, aparejaba tal ó cuál efecto distinto del de la nulidad.”

Repítese luego este mismo pensamiento en esta forma:

¿Cuál es el artículo del Código en que *expresamente* se diga que la contravención á la prohibición consignada en el artículo 1378 *no apareja* el efecto de la nulidad; y que el efecto es otro, que debía estar consignado en la disposición prohibitiva?

Reconozco que no hay tal artículo, lo cual no entraña dificultad por esto:

Lo que el artículo 7.º ordena es la designación *expresa* del efecto distinto, del efecto *mismo*. No el que se diga, de modo *expreso*:

La *contravención* á lo que en este artículo (ó en tal otro) se prohíbe, no apareja el efecto de la nulidad, sino *tal* otro. Esto no dice el artículo 7.º

Este artículo no exige que haya disposición anterior ó posterior que diga lo que el señor abogado cree que debe decirse, y no lo exige porque semejante disposición no existe en el Código; si lo exigiera, exigiría una circunstancia irrealizable; haría inútil el propio artículo 7.º Lo que éste estatuye, *simple y expresamente*, es que el *efecto distinto* de la nulidad, el que debe servir de remedio legal á la infracción, se designe *expresamente*. Esto es lo razonable, por cuanto el efecto distinto es vario, es mudable.

La exigencia del señor abogado no se apoya en la letra del artículo 7.º, ni en su espíritu.

No es propio de un Código de leyes (del Civil aún menos que de otro alguno) que el legislador, en cada disposición prohibitiva, para cuya infracción juzgue deber asignar especial remedio, dijera, como quiere el señor abogado se diga: la *contravención* de esta prohibición no apareja nulidad; el efecto que se produce es tal..... Basta que simplemente se designe, como lo exige el artículo 7.º, el *efecto* distinto, para el caso de contravención. Este artículo estatuye la regla general.

¿No se vería en semejantes repetidas expresiones algo como incitante, en cada caso, á la violación de la prohibición? No faltaría quien pensara: no siendo la nulidad la sanción que apareja esta contravención, como lo está diciendo la ley, prueba es ello de que la infracción no es grave.

Tengo seguridad, Sres. Magistrados, de que en fuerza de las reflexiones que preceden hallaréis inaceptable la interpretación que al mencionado artículo 7.º da el señor

abogado demandante. El poder de la razón le ha desalojado de este primer baluarte; también le desalojará del segundo.

2.^a Hé aquí la otra consideración que presenta el mismo señor abogado para sostener que no es la acción de reforma la que competía á la legitimaria.

Ninguna parte de la cuarta de libre disposición, dice, concurre jamás á la formación de la legítima *efectiva* si el testador dispone de tal parte *contra derecho* (sin reparar que por esto mismo, precisamente, se impone la acción de reforma), y que, no concurriendo á formar dicha legítima, no tiene aplicación el artículo 1280, que concede la acción de reforma por la legítima rigurosa, “ó la *efectiva en su caso*.”

En apoyo de esta opinión se invoca la que en el particular se contiene en un Estudio muy luminoso sobre *asignaciones testamentarias para encargos secretos*, obra de un distinguido abogado, compatriota nuestro. No reproduzco íntegramente su argumentación, de suyo interesante, porque como no hay perfecta identidad en los casos, algunos de sus conceptos no son pertinentes. Reproduciré á mi modo su pensamiento, con entera fidelidad, pues me he empapado en él.

En dicho Estudio se sostiene, categóricamente, que no existe la acción de reforma en casos como el presente. Hé aquí formulado, en pocas palabras, el argumento principal.

El artículo 1043 establece la siguiente regla general:

“Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto—ó si dispuso, no lo hizo conforme á derecho—ó no han tenido efecto sus disposiciones.”

Como se ve, este artículo contempla tres supuestos. Os llamo la atención al segundo.

El artículo 1253, perteneciente al Capítulo que regla las asignaciones llamadas *legítimas y mejoras*, dice:

“Acrece á las legítimas rigurosas toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer á título de mejoras, ó con absoluta libertad, y no ha dispuesto, ó si lo ha hecho ha quedado sin efecto su disposición.

Aumentadas así las legítimas rigurosas se llaman *efectivas*.”

Como se advierte, este artículo no contiene el segundo de los tres supuestos que considera el artículo 1048, á saber, la disposición *contra derecho*.

Finalmente, el artículo 1280, transcrito, estatuye esto:

“En general, lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma es su legítima rigurosa, ó la *efectiva en su caso*.”

El autor del indicado Estudio razona luego así:

“De todo lo cual resulta que la mitad de libre disposición, cuando no hay descendientes legítimos; y la cuarta de

libre disposición, cuando hay tales descendientes, *sólo* puede reclamarse por la acción de *reforma* cuando el testador *no ha dispuesto* de esa mitad ó de esa *cuarta*, ó cuando habiendo dispuesto de ellas, no tienen efecto sus disposiciones: y consiguientemente, por obligada deducción *á contrario sensu*, que aquella mitad y esta *cuarta*, cada una en su caso, *no pueden* reclamarse por la acción de *reforma* cuando el testador sí dispuso de ellas, pero *no lo hizo conforme á derecho*."

De paso me permito llamaros la atención á la circunstancia de que las deducciones *á contrario sensu* gozan de muy poco favor, según los expositores del Derecho. Dicen éstos que la argumentación *á contrario* puede usarse sin peligro en el *sólo* caso en que lejos de contrariar los principios generales, los apoya.

Contesto el argumento que queda establecido:

En primer lugar. Dícese que sólo puede establecerse acción de reforma (por la mitad ó la cuarta dichas) cuando el testador *no ha dispuesto* de ellas, ó si dispuso, *no tiene efecto* su disposición.

Pues bien: yo he creído y continúo creyendo, no obstante las respetabilísimas opiniones en contrario, que la acción de reforma de un testamento presupone precisa, necesariamente la existencia de disposiciones testamentarias *contrarias á derecho*, porque si tales disposiciones contrarias *no existen*, ¿para qué, por qué y sobre qué se ejerce la acción de reforma? Esta acción no tiene, no puede tener otro objeto que establecer acuerdo entre el derecho y las disposiciones que le son contrarias. Si nada hay contrario al derecho, es de evidencia resplandeciente que no hay cosa alguna reformable.

Luego cuando el testador no desconoce ningún derecho, porque de sus bienes no dispone de modo alguno, ¿en qué puede consistir la reforma del testamento? Si ninguna palabra ha salido de los labios del testador, si ninguna ha escrito, si su silencio ha sido absoluto, ¿qué es lo que se reforma?

De otro lado: siendo el objeto de la acción de reforma reparar un agravio, si éste no se ha causado; si no se causa porque la disposición testamentaria no tiene efecto, v. gr.: cuando el asignatario no acepta la asignación (ejemplo que trae el autor del Estudio), pregunto: ¿para qué solicitar la aplicación de un remedio sin objeto?

Luego carece enteramente de razón el autor del Estudio al sostener que la acción de reforma de un testamento *sólo* puede ejercerse cuando el testador *no ha dispuesto* de las mencionadas mitad ó cuarta; ó cuando, habiendo dispuesto, su disposición *no tiene efecto*. Es precisamente en estos dos supuestos cuando la acción de reforma es imposible.

A *contrario sensu* se ha deducido que no pueden reclamarse por acción de reforma aquellas mitad y cuarta, cuando el testador ha dispuesto de ellas *contra derecho*, siendo éste, justamente, uno de los dos casos en que es ejercitable dicha acción; el otro es relativo á la legítima rigorosa.

Ahora bien: caso que fuera verdadera esta deducción resultaría que, como por el otro lado he demostrado que no cabe acción de reforma en aquellos dos supuestos, no la habría entonces en ninguno de los mismos. tres supuestos ó casos que contempla el autor del Estudio; y como no existe ninguno otro, como no es posible que exista caso diferente de los tres mencionados, para el efecto de establecer acción de reforma, sucedería que esta acción era absolutamente ilusoria.

Resumiendo: no puede entablarse acción de reforma en el caso de que el testador no haya dispuesto de sus bienes; tampoco puede entablarse cuando habiendo dispuesto, no tiene efecto su disposición: esto lo he demostrado. El autor del Estudio sostiene que no puede ejercerse la misma acción en el caso de que las disposiciones testamentarias sean *contrarias á derecho*. No existen otros supuestos: luego no hay acción de reforma nunca.

¿Será permitido interpretar las leyes de modo que no produzcan efecto?

En segundo lugar. El artículo 1279, transcrito ya, estatuye que los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que "*por ley les corresponde*, tienen derecho á que se reforme á su favor el testamento....." Es decir, tienen derecho á que se reforme el testamento para que se les reconozca, y en consecuencia se les adjudique, lo que *por ley les corresponde*, y que el testador *les desconoce*.

Nada más *expreso* puede decirse en el sentido de establecer la acción de reforma para el caso de que las disposiciones testamentarias no sean conformes á derecho. Aquella deducción *á contrario sensu* es, pues, absolutamente inaceptable por hallarse en oposición con los principios.

En tercer lugar. Acaba de verse que el artículo 1279 concede derecho á los legitimarios para solicitar la reforma del testamento cuando el testador no les haya dejado lo que *por ley les corresponde*. ¿No les corresponderá de derecho, la mitad excedente de la porción de libre disposición cuando el testador ha destinado para un encargo secreto toda la porción? Indudablemente les corresponde, porque la ley prohíbe al testador disponer en la forma de encargo secreto de dicha mitad excedente, y pertenece á los legitimarios cuando no la destina el testador á persona determinada. Luego pueden ellos reclamarla, y debe adjudicárseles, y adjudicada ¿no acrecerá

de hecho á la legítima rigorosa?, y formando con ésta una suma ¿no será legítima *efectiva* la misma suma? Si no lo fuera ¿qué sería?

Hé aquí una observación trivial.

Admítase, como se afirma, que tal suma no constituye legítima *efectiva*, que es el motivo por el cual no podría establecerse acción de reforma. Supóngase, ahora, que un testador destina para un encargo secreto no más que la mitad de la porción libre, y que no dispone para cosa alguna de la otra mitad ¿qué suerte correría esta mitad? Acrecería, sin duda, á la legítima rigorosa; esto dirán, unánimes, los dos señores abogados contrarios: se formaría, pues, una suma que tendría carácter de legítima efectiva. Muy bien, lo reconozco. Habría, pues, dos sumas (no importa que no sea uno mismo el testador), sumas que bien pueden ser iguales, y hallarse constituidas, cada una, por la respectiva legítima rigorosa y por la mitad excedente de la porción de libre disposición, que puede ser la cuarta parte del acervo. Ahora bien: ambas sumas serían, pues, *idénticas*; tanto en sí mismas como en sus componentes, y sin embargo, la formada con aquella mitad de que el testador dispusiera contra derecho no sería legítima *efectiva*, y sí lo sería la segunda: una y otra tendrían carácter diferente, no obstante su perfecta identidad. ¿Cuál sería el carácter de la primera? No podría ser legítima rigorosa; se niega que sea efectiva ¿qué sería?, no se sabe; ella no tendría nombre. ¡Hé ahí una sutileza singular!

Demolombe dice que la interpretación de las leyes es obra de filosofía y buen sentido, ¿habrá filosofía y buen sentido en una interpretación que á tales sutilezas conduce?

Quizá estoy equivocado, mas yo advierto que mis respetables contendores y también el autor del Estudio son impulsados *inconscientemente* (pues su buena fe está para mí por sobre toda duda), como por fuerza irresistible, á estimar las leyes de manera tal que se establece entre ellas desconcierto y aun oposición. Juzgan todos que no existe conformidad entre los artículos 1048, 1253 y 1280, por cuanto en el segundo de estos artículos se omite el segundo de los supuestos que establece el primero: *la disposición contra derecho*, y por ello estiman que no concurre á formar legítima *efectiva* ninguna parte de la porción no legitimaria de que el testador disponga con infracción de la ley: de modo, pues, que la legítima efectiva *en su caso*, de que habla el último de estos artículos, no puede ser una suma formada por el acrecimiento á la legítima rigorosa de la indicada parte, de la parte de que el testador haya dispuesto ilegalmente.

Yo veo, Sres. Magistrados, perfecta conformidad entre los mencionados artículos.

Estimo que el primero consagra una regla general ; que establece las circunstancias en que la ley considerará los bienes de toda sucesión, á saber : ó el difunto no ha dispuesto de ellos, ó ha dispuesto contra derecho, ó no tienen efecto sus disposiciones.

Que el artículo 1253 está en consonancia con las disposiciones del Capítulo á que pertenece, consistentes en estatuir lo que al testador le es permitido hacer, cómo debe proceder y qué le es prohibido.

En dicho Capítulo el legislador no contempla, en obsequio de la claridad y en acatamiento á la lógica, el caso de *infracción* de las disposiciones que el mismo Capítulo contiene, por lo cual, al hablar de la formación de la legítima efectiva no menciona el supuesto de la disposición *contra derecho*. Reglada ya la distribución de los bienes, el legislador considera el caso de infracción parcial de sus propias disposiciones, y establece el remedio que estima correcto, que siempre se ha estimado tal, á saber: la *reforma* del testamento, no su nulidad, por cuanto la reforma respeta la voluntad del testador en cuanto no sea violatoria de la ley ; esto es lo natural, lo justo. El legislador no se halla autorizado para proceder á su capricho ; su deber es respetar el derecho de todos, y el *derecho* es anterior á la ley positiva, y la gobierna.

Cuando el artículo 1280 permite reclamar por acción de reforma la legítima efectiva *en su caso*, no puede referirse á aquellos dos supuestos del artículo 1253 (cuando el testador no ha dispuesto de sus bienes, ó no tienen efecto sus disposiciones), porque respecto de ellos no cabe acción de reforma, lo he demostrado ; se refiere necesariamente á la legítima efectiva que se constituye con la rigurosa y la parte que el testador toma *contra derecho* de la porción no legitimaria, pues la disposición contra derecho es precisamente el fundamento de la acción de reforma : se reforma lo incorrecto, lo ilegal ; no lo correcto y legal. Esto es demasiado claro, y por ello me ha causado extrañeza la manera como estiman las leyes aquellas respetabilísimas personas.

Cada una de las observaciones que preceden es fundamento bastante para poner en evidencia la falta de razón en los señores abogados contrarios, en cuanto sostienen que en el caso actual es improcedente la acción de reforma. Todo lo contrario : ésta se halla en perfecta consonancia con el tenor literal de la ley y con su espíritu. La acción improcedente es la de nulidad, que se ha ejercitado.

Queda, pues, tomado también por la fuerza irresistible de la razón, el segundo baluarte en que los señores abogados se habían colocado para defender el recurso interpuesto ante vosotros.

Nada de cuanto se ha alegado en contra del derecho de la parte demandada queda en pie. Oh!, no, se dirá: aún está por tomar una fortaleza inexpugnable.

Dícese que si el testador no tiene legitimarios, y por lo mismo le es dable disponer de sus bienes libremente, puede suceder que establezca una cláusula sobre encargo secreto, en la cual destine para él una cuantía de sus bienes que rebase la que la ley permite. Que no pudiéndose establecer acción de nulidad para corregir tal violación, por cuanto se sostiene que la procedente es la de reforma, que tampoco es ejercitable porque conforme al supuesto no hay legitimarios que la instauran, resultaría que no habría remedio para corregir la indicada violación. Que como esto sería absolutamente inaceptable, es preciso reconocer que la acción procedente, en todo caso de exceso en la cuantía de la asignación para un encargo secreto, es la de nulidad, no la de reforma de la cláusula testamentaria.

Esta objeción es enteramente especiosa, porque tiende á refutar una tesis imaginaria.

Si mis honorables colegas y yo sostuviéramos que *todo* testador puede hacer encargos secretos, y que caso de destinar á ellos una exagerada cuantía de bienes sólo es procedente la acción de reforma, podía tener cabida la objeción. Mas nosotros no sostenemos semejante tesis abstracta, sino ésta concreta:

La *legitimaria*, Sra. Uribe, no ha podido ejercer otra acción que la de reforma para corregir el exceso en que incurrió el testador, infringiendo la ley, al destinar para el encargo toda la cuarta de libre disposición; y no ha podido ejercer otra, por cuanto esta acción es el efecto distinto que de modo *expreso* señalan los artículos 1279 y 1280 del Código Civil para cuando el testador no deja á los legitimarios lo que por ley les corresponde.

Refiriéndonos clara y expresamente al caso en que haya legitimarios, y no á otro alguno; sosteniendo que en este *preciso* caso la acción de reforma es la única ejercitable para corregir dicha infracción legal, ¿á qué viene decir que nuestra doctrina no deja acción que ejercitar cuando el testador que puede disponer de sus bienes libremente viola el artículo que prohíbe destinar para un encargo secreto más que cierta porción de bienes? ¿Acaso nos hemos referido á ese testador? ¿Había para qué referirnos á él? No. Luego se refuta una tesis que no hemos planteado.

Aunque esto es suficiente contestación, quiero profundizar el examen de este punto.

¿Qué acción compete para corregir la cláusula por la cual el testador que no tiene legitimarios destina cualquier cuantía de bienes, ó la totalidad, para un encargo secreto? La de nulidad, sin duda alguna, nunca la de reforma, tanto porque ésta es concedida únicamente á los legitimarios, cuanto porque quien no los tiene no puede hacer encargos secretos.

Hé aquí el fundamento de esta última afirmación:

Indudable es que si no existiera la Institución Fiduciaria, que permite los encargos secretos, serían ellos impracticables, entre otras razones porque el Derecho Común exige que se exprese la persona cierta y determinada del asignatario. Ahora bien, aquella Institución es, como tantas veces he dicho, un *Derecho de excepción*, y este Derecho no tiene la amplitud que se le asigna: se refiere únicamente al caso en que haya legitimarios, porque sólo cuando éstos existen concurre la circunstancia de que haya porción de bienes de que le sea dado al testador disponer libremente. El artículo 1376, que es el primero del Capítulo, y el 1378 se refieren de modo expreso á la *porción* de bienes de que el testador haya podido disponer *á su arbitrio*. Refiriéndose el *Derecho de excepción* á un caso enteramente particular, al en que haya legitimarios, es claro que la autorización para hacer encargos secretos no reside en el testador que no los tiene; y al intérprete no le es dable extender á este testador la disposición excepcional, porque vosotros sabéis, sin duda, mejor que yo, que *Exceptiones sunt strictissime interpretationis*.

No podéis ahora, ni nunca, rebelaros contra éste ú otro alguno de los principios de la Hermenéutica legal, sin socavar el edificio de la Jurisprudencia, que á fuerza de labor, lenta y constante, por siglos enteros, y de respeto á los principios, se ha elevado á la altura en que hoy se halla. Digo que se socavaría tan grandioso edificio, porque cada una de las instituciones que lo constituyen se ha formado en consonancia con los principios que reglan la interpretación de esas mismas instituciones, es decir: el legislador ha ajustado su conducta á esos principios, á esas reglas, á fin de que el intérprete, aplicándolas á su vez, realice la voluntad del legislador. Si, pues, el intérprete no observa esas reglas, es claro que no es dicha voluntad soberana sino la suya propia la que prevalece en cada caso. En el hecho no regiría, pues, la ley, sino la voluntad caprichosa del Magistrado, quien, so capa de intérprete, anularía la obra del legislador. En semejante situación, la seguridad social cedería su puesto á la terrible anarquía judicial.

Aquella inexpugnable fortaleza es, pues, un débil parapeto. Empero, se insiste en defenderlo, y aun se oyen los disparos que de lejos se hacen, pues se combate en retirada.

No pudiendo negarse que los mencionados artículos 1376 y 1378 se refieren á una *porción* de bienes de que el testador puede disponer á su arbitrio, se dice que todo el *acervo líquido*, de que puede disponer libremente el testador que no tiene legitimarios, es también una *porción* de bienes, porque el artículo 1028 dispone que “en toda sucesión por causa de muerte, para llevar á efecto las disposiciones del difunto ó de la ley, se deducirán del *acervo* ó masa de bienes que el difunto ha dejado, los créditos hereditarios, las costas, etc.,” y dice al fin:

“El *resto* es el *acervo líquido* de que dispone el testador ó la ley.”

Razónase así:

El *acervo líquido* es una *porción* de bienes, por cuanto es un resto, un residuo; luego cuando los artículos 1376 y 1378 hablan de *porción* de que el testador puede disponer á su arbitrio, comprenden con esta palabra el indicado *residuo*.

¡Cómo no repara el autor del argumento en que dicho residuo tiene carácter de tal en relación con la masa bruta, con la masa total de los bienes, para el *solo efecto* de fijar la cantidad que debe ser y es el objeto de las disposiciones legales! El artículo 1048 transcrito, lo dice claramente.

El mismo artículo dice que dicho residuo es el *acervo líquido* de que dispone el testador ó la ley. ¿Y qué es el *acervo líquido*? la *herencia* misma. De modo que no bien acaba de hablarse de *residuo*, cuando ya la ley lo considera en aspecto distinto; pierde tal carácter en el momento mismo en que se le reconoce. Es incuestionable que dicho *acervo líquido* es el *todo* que la ley divide en cuatro partes, de las cuales, dos forman la *porción* legitimaria; otra de las mismas es la de mejoras, y la otra “la cuarta de que el difunto ha podido disponer á su arbitrio,” cuando hay descendientes legítimos. Cuando no hay estos descendientes, la mitad de los bienes es la *porción* legitimaria, “la mitad restante, dice la ley, es la *porción* de bienes de que el difunto ha podido disponer á su arbitrio.”

Luego cuando el artículo 1376 habla de “una cuantía de bienes de que (el testador) pueda disponer libremente”; y cuando el 1378 se refiere á “la mitad de la *porción* de bienes de que el testador haya podido disponer á su arbitrio,” ¿de qué porciones hablarán? Es claro, clarísimo que se refieren á las porciones preestablecidas, nunca al *acervo líquido*. No puede ponerse en duda, ni por un momento, la perfecta distinción que la ley establece entre el *acervo líqui-*

do y las *porciones* en que se le divide para llevar á efecto las disposiciones de la ley. Ved cómo se persiste en tergiversar las reglas de la Hermenéutica: al presente se prescinde de una clara y expresa *distinción* legal para sostener que la herencia misma tiene carácter de porción, como lo tienen las partes en que ella se divide.

Se ha dicho que tales porciones existen en cuanto haya legitimarios; de modo que no habiéndolos, no tienen aplicación los artículos citados; luego el testador que carece de legitimarios no puede hacer encargos secretos: el *Derecho de excepción* no se extiende á él, y no puede interpretarse este Derecho *extensivamente*, porque la consabida regla de Hermenéutica lo prohíbe.

Corresponde al legislador conceder dicha autorización.

Esto es lo que hemos sostenido el Sr. Dr. Caballero y yo, y que halla inexacto el Dr. Restrepo, quien dice que “hay algo como *intrepidez* al sostener tan singular doctrina, que carece de apoyo en la ley”; de modo que según el señor abogado es falso aquel principio que nos sirve de apoyo: *Exceptiones sunt strictissime interpretationis*.

¿De parte de quién estará la *intrepidez*?

¡Valiente *intrepidez*! que nos coloca, aunque sea en puesto ínfimo, en la misma gloriosa escala por donde han ascendido Savigny, Merlin, Laurent, Demolombe, Lacantinerie y cuantos han concurrido con sus luces á hacer de la Jurisprudencia una verdadera Ciencia: es que nosotros, como ellos, rendimos culto á los principios!

En conclusión:

No habiendo ejercitado la parte demandante la acción de reforma de la cláusula testamentaria, que ha sido objeto del presente debate, en el punto de vista de la violación del artículo que prohíbe al testador disponer de más de la mitad de la porción de que puede disponer á su arbitrio; habiendo sido la de nulidad de la misma la que se ha ejercitado, que es improcedente, es claro que carece de base legal el recurso de casación que en este particular se ha interpuesto.

SEGUNDA CAUSAL DE CASACIÓN

(En el examen de las causales he alterado, en obsequio de la claridad, el orden que observa la parte recurrente. Véanse las páginas 10 y 13, al fin.....).

Se ha alegado contra la sentencia recurrida una causal de casación relativa á la acción que se ha ejercitado sobre reforma del testamento, por cuanto en él expresa el testador que todo el caudal de la sucesión le pertenece, y fundado en

esta creencia destinó, como ya se dijo, la cuarta parte para el encargo secreto, y las tres cuartas partes restantes para la viuda, Sra. Barrientos, y su hija, Sra. Inés.

El señor abogado de la parte demandante ha estimado ilegal la división de dichas tres cuartas partes entre la madre y la hija, porque siendo ésta legitimaria tenía derecho no sólo á la mitad de dichas tres cuartas partes, sino también á la cuarta de mejoras. Sea de ello lo que fuere, el hecho es que tal asunto es del todo extraño para los demandados. En consecuencia, no tengo para qué entrar en el examen de esta causal.

Teniendo, como tengo, profunda convicción de que la sentencia del Tribunal no es violatoria de disposición alguna; que antes bien reconoce la justicia moral que asiste á los demandados y que la ley expresamente ampara, juzgo que dictaréis una decisión que al par los favorezca y se halle á la altura de vuestra sagrada misión.

Dictadla á la mayor brevedad posible, en consideración á que va para catorce años que se inició el pleito, y que todos cuantos son partes en él ansían por su terminación.

MANUEL JOSE ANGARITA

ERRATA

Me es imputable la siguiente:

En la página 7, líneas 20 y 21, se lee:

..... y que las tres cuartas partes de los gananciales del Sr. Uribe.....

Léase:

..... y que las tres cuartas partes del haber de la sucesión del Sr. Uribe.....