

de la controversia, como es el relativo al dominio que la Sociedad de Eduardo y Julián Vásquez J. tengan sobre el inmueble que pretenden deslindar, punto que en el presente caso constituye también una excepción perentoria que ha sido alegada oportunamente.”

Y para fundarla dice que el Tribunal no resolvió el punto relativo al dominio del inmueble que los demandantes quieren deslindar, lo que según la jurisprudencia sentada por la Corte, basta que se formalice la oposición para que en el juicio ordinario sea preciso decidir sobre todos los derechos de las partes, sin necesidad de que en la demanda se pida ésta de un modo expreso.

La tercera causal se hace provenir de que el Tribunal se abstuvo de conocer un asunto de su competencia, lo cual declara así en el fallo, ó sea acerca del dominio que los demandantes dicen tener en la finca cuyo deslinde solicitan.

Estas alegaciones no pueden ser materia del recurso de casación, por no haber sido punto discutido en ninguna de las instancias del litigio, y porque en la demanda no se propuso en manera alguna que se hiciera tal declaración. Y así lo debió comprender el apoderado de los recurrentes ante la Corte, puesto que no tocó ni remotamente tal punto. Por otro lado, y como lo dice la parte opositora en el recurso, estas alegaciones constituyen una repetición de lo dicho para fundar la primera causal. Como ésta ya ha sido estudiada, no hay necesidad de examinar esas alegaciones.

No son, pues, fundadas las causales de casación alegadas en el presente juicio.

Por lo expuesto la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar á infirmar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia el treinta y uno de Mayo de mil novecientos seis.

Las costas del recurso son de cargo de la parte que lo interpuso.

Tásense en la forma legal.

Notifíquese, cópiese y publíquese este fallo y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

GERMAN D. PARDO—FELIPE SILVA—MIGUEL W. ANGULO—ISAÍAS CASTRO V.—ENRIQUE ESGUERRA—ALBERTO PORTOCARRERO—ANTONIO MARÍA RUEDA G.—*Anselmo Soto Arana*, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Bogotá, Julio diez y seis de mil novecientos ocho.

Vistos: Los hechos culminantes de este litigio, los cuales bastan para dar solución al recurso de casación pendiente en la Corte y de que se hablará luégo, los narra sobria y correctamente el Tribunal Superior del Tolima en el siguiente resumen contenido en su sentencia de seis de Julio del año próximo pasado;

“Juan José Cabrera otorgó testamento nuncupativo por ante el Notario del Circuito de Purificación y los testigos correspondientes, el cinco de Abril de mil ochocientos ochenta y siete, y entre varias disposiciones relativas á sus bienes y el reconocimiento de seis hijos naturales—hijos suyos y de Remigia Mahecha—dice:

‘Asimismo reconozco por mi hija natural á la joven Eduvigis, de edad de doce años, hija natural de Salomé Cardoso, natural y vecina que fue del Distrito de Dolores.’

“Y más adelante:

‘Novena. No teniendo descendientes, ascendientes ni cónyuge con derecho á heredarme conforme á la ley, en uso de mis facultades instituyo y nombro por mis únicos y universales herederos de todos mis bienes, derechos y acciones, á mis citados hijos naturales Eduvigis, Alejandro de la Cruz, Visitación, María Candelaria, Blasina, Mercedes y Gregoria,’ hijos de la Mahecha los seis últimos.

“Con fecha veintitrés de Mayo de mil ochocientos noventa y seis el referido Cabrera otorgó otro testamento, también abierto y ante el mismo Notario, en el cual declara que revoca y anula ‘el testamento otorgado en esta misma Notaría bajo el número noventa y cinco, de fecha cinco de Abril de mil ochocientos ochenta y siete, y todas las demás disposiciones testamentarias que antes de ahora hubiere formalizado, para que ninguno valga, excepto éste, que quiero se estime y tenga por tal, y se observe y cumpla en un todo como mi última y deliberada voluntad.’

“Allí mismo instituyó herederos universales suyos á los ya inscritos hijos de Remigia Mahecha, sin mencionar para nada á la señorita Eduvigis Cardoso ó Cabrera, hija de la Salomé.

“El día anterior al en que otorgó el segundo testamento, esto es, el veintitrés (veintidós, quiso decir) de Mayo de mil ochocientos noventa y seis, concurrió á la Notaría indicada el mismo Cabrera, y solemnemente, por instrumento especial, reconoció como sus hijos naturales á los seis citados Mahechas, y á tres más, hijos de la misma Remigia, los cuales habían nacido en el tiempo que corrió entre uno y otro testamento; allí tampoco mencionó para nada á la Eduvigis Cardoso ó Cabrera.

“Muerto el testador, como esta última niña no fue llamada á tomar participación en los bienes del difunto, aunque había aceptado su filiación de hija natural, se presentó ante el Juez respectivo por medio de apoderado, pidiendo:

‘1.º Que se declare que es hija natural del señor Juan José Cabrera, muerto en el Municipio de Natabaima;

‘2.º Que es heredera legitimaria del mismo Cabrera en su calidad de hija natural de éste;

‘3.º Que se reforme á su favor el testamento abierto que contiene la escritura pública número trescientos diez y nueve de la Notaría del Circuito de Purificación, de veintitrés de Mayo de mil ocho-

cientos noventa y seis, registrada bajo la partida cuarenta y nueve del libro respectivo, y se declare que no sólo son herederos del finado señor Cabrera los señores Alejandro de la Cruz, Agapita, Visitación, María Juliana, Candelaria, Blasina, Mercedes, Sotera, Gregoria, Pedro, Marcelino, Aguedo, Juan José y Juan Antonio, todos de apellido Cabrera, sino que también lo es ella, y que entre aquéllos y ella se debe dividir la herencia del citado señor Cabrera; que en tal virtud el partidor de los bienes de la sucesión debe formar la hijuela y adjudicarle los bienes que le corresponden.

“Librado el juicio correspondiente, porque la mayor parte de los demandados rechazó las pretensiones de la Cardoso, el señor Juez del conocimiento, que es el 2.º del Circuito del Guamo, falló el pleito así:

“La señora Eduvigis Cabrera de Serrano no tiene la condición legal de hija natural y heredera legítima de Juan José Cabrera, y consiguientemente hay de su parte *falta de acción* para demandar la reforma del testamento de éste, contenido en el instrumento público número trescientos diez y nueve, otorgado en la Notaría del Circuito de Purificación el veintitrés de Mayo de mil ochocientos noventa y seis; excepción que se reconoce aquí, obedeciendo á lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley 105 de 1890.”

Conocido este fallo, que lleva fecha veintiuno de Abril de mil novecientos seis, la demandante apeló para ante el Tribunal ya expresado, quien, después de sujetar la instancia á los ritos de estilo, en sentencia de la fecha indicada antes revocó la que fue materia de la apelación é hizo las declaraciones pedidas en la demanda.

El apoderado de los demandados interpuso recurso de casación, que le fue concedido.

En esa virtud el proceso se remitió á la Corte, en donde cumplidos los trámites correspondientes, se está en el caso de resolver lo que proceda en el fondo de la disputa, ya que el recurso llena todos los requisitos de forma que determinan su admisión.

I

Hácese valer en contra de la sentencia la primera causal de casación reconocida por el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, por estimarse que la Sala infringió varias leyes substantivas, ora por violación directa de ellas, ya por errónea interpretación de las mismas.

La Sala declaró que Eduvigis Cabrera de Serrano es hija natural de Juan José Cabrera.

Pero reconocida Eduvigis como hija natural de aquél, fue revocado el testamento en que se contenía el reconocimiento, y el testador murió después de hecha la revocación.

Con este motivo sostiene el recurrente que la

Sala infringió, ó el artículo 1055 del Código Civil, ó el inciso 1.º del 1270 *ibidem*.

El primero, si la sentencia ha de entenderse en el sentido de que el reconocimiento tuvo efecto antes de la muerte del testador; el segundo, si ella significa que ese reconocimiento perdura después de revocado y aun más allá de la muerte del testador.

La sentencia reforma el testamento y declara que Eduvigis Cabrera de Serrano es heredera de su padre como legítima, “á fin de que participe de los bienes y gravámenes de la herencia como cualquiera otro de los hijos naturales” reconocidos é instituidos.

Arguye contra esto el recurrente así:

“Si Eduvigis no es legítima, no tiene la acción de reforma (artículo 1274 del Código Civil). Y si lo es, como sólo fue preterida y no desheredada, debe entenderse instituida heredera en su legítima (artículo 1276 de la misma obra).”

“De todos modos—agrega—la reforma decretada viola el artículo 1274.

“Y quebranta, además, los artículos 1275 y 1276, porque no limita el derecho de la demandante á su legítima, sino que le da una extensión que legalmente no tiene.

Aparece que Juan José Cabrera otorgó tres testamentos: el de cinco de Abril de mil ochocientos ochenta y siete, en que reconoció é instituyó á Eduvigis; el de tres de Mayo de mil ochocientos noventa y seis, en que revocó el anterior, y el de siete de Febrero de mil ochocientos noventa y ocho, en que confirmó la revocación.

Hácese cargo de este último hecho el recurrente, y anota que no hay acción alguna encaminada á que se anule ó revoque el testamento, el cual, por lo mismo, debe considerarse vigente y válido en absoluto.

Establece la sentencia que aunque revocado el testamento de cinco de Abril, quedó vigente el reconocimiento de hija natural hecho en favor de Eduvigis.

De aquí que el recurrente objete que la Sala limita la facultad que la ley confiere al testador para revocar sus disposiciones testamentarias, y que por este aspecto viola los artículos 1055, 1057, 1270, inciso 3.º, y 1271 del Código Civil.

Sienta la Sala que el reconocimiento de un hijo natural hecho en testamento no es una disposición de bienes, y que por eso no es revocable.

Y arguye el recurrente que ese concepto entraña una mala inteligencia y un quebranto del artículo 1057 del Código Civil.

II

Resumidos de este modo los fundamentos de la sentencia, de un lado, y de otro los motivos en que se apoya el recurso de casación que combate el fallo, va la Corte á resolver quién tiene la razón, si la Sala ó el recurrente, y á decidir, por lo tanto, si el fallo debe subsistir, ó si por el contrario ha de invalidarse.

En concepto de la Corte, en el fondo de toda esta cuestión sólo hay un punto cardinal. Los otros son secundarios ó accesorios, y su solución va en vuelta en la que se dé al primero.

Ese punto cardinal es este: el reconocimiento de un hijo natural contenido en un testamento ¿ es, en derecho positivo, un testamento ó una disposición testamentaria ?

Si lo es, es esencialmente revocable (Código Civil, artículos 1057, 1270 y 1271).

Si no lo es; no es revocable, aunque lo sea el acto testamentario en que se hizo el reconocimiento.

Si es testamento, no puede producir efecto alguno sino después de la muerte del testador (ibídem, artículo 1055).

Si no lo es, puede generar efectos jurídicos desde que se otorgue el testamento.

Si es revocable por ser testamento, considerarlo irrevocable entraña una violación de los artículos 1057, 1270 y 1271 citados.

Si es testamento, el darle efecto en vida del testador implica una violación flagrante del artículo 1055, que consagra un precepto de orden público y de seguridad social.

Si no es testamento, el darle efecto en vida del testador y considerarlo como irrevocable no implica una violación de las reglas de los testamentos, que desde luego, y eso cae de su peso, son inaplicables al reconocimiento.

III

De las opuestas y debatidas cuestiones que en doctrina y en jurisprudencia se han suscitado y defendido en orden á este punto delicado, la Corte profesa la de que el reconocimiento de un hijo natural hecho en un testamento no es acto de última voluntad, y lo sostiene así, porque esa es la doctrina legal consignada en el Código Civil.

Si la ley dijese que el testamento se otorgaba en un testamento, esa regla ofendería las reglas del lenguaje y pugnaría con el buen sentido.

La ley aplicable dice que el reconocimiento de un hijo natural hecho por el padre—se entiende, pues la madre no necesita de hacer el reconocimiento (Ley 57 de 1887, artículo 7.º, inciso 2.º, y Ley 95 de 1890, artículo 7.º),—debe otorgarse por instrumento público entre vivos, ó por *acto testamentario* (Ley 153 de 1887, artículo 56).

Si el reconocimiento fuese *per se* un acto testamentario, la ley diría, substituyendo, que el testamento se debe otorgar por *acto testamentario*.

Si la ley dice, como lo consigna en verdad, que el reconocimiento debe hacerse por acto testamentario, ella señala uno de los modos como debe hacerse el reconocimiento; pero no confunde éste con el acto en que debe contenerse, y establece con bastante claridad que el reconocimiento no es un testamento.

La esencia del testamento radica en ser una disposición de bienes que no puede tener efecto sino después de los días del testador. (Código Civil, artículo 1055).

“El testamento—dice este artículo—es un acto más ó menos solemne en que una persona dispone del todo ó parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto *después de sus días*, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva.”

Es el testamento un acto de disposición de bienes.

Ello es esencial en dicho acto, aunque eso mismo tienda á confundirlo con otros actos civiles que contienen disposiciones de bienes.

Pero él no produce efecto alguno en vida del testador. Y esto le da fisonomía propia y característica al acto testamentario, que lo es de última voluntad.

Y es revocable. Lo que no es sino una consecuencia de la naturaleza del mismo acto.

Se ha criticado la definición que del testamento da el legislador, por considerarla demasiado restringida, como se criticó la definición romana por demasiado lata.

No es esa la cuestión.

Se estudia el punto á la luz de una legislación positiva, y ella es la norma de los Jueces. Ellos no juzgan la ley sino de acuerdo con la ley.

Esencial cosa es, pues, en derecho positivo que el testamento entraña una disposición de bienes.

Si no la contiene, no es testamento.

Y en él, al lado de disposiciones de bienes, pueden contenerse, por modo accidental, otras que no tienen esta naturaleza. Y las tales, aunque se hallen en el testamento, del propio modo que pueden encontrarse en un acto entre vivos, no son testamento.

Sucede esto con el reconocimiento de un hijo natural.

Puede hallarse en verdad en un testamento. (Ley 153 de 1887, artículo 56).

Pero no entraña acto de disposición de bienes. Ello constituye un estado civil.

Y éstos no envuelven disposiciones de bienes.

Y son por su naturaleza, *per se*, irrevocables.

Y son irrevocables aun por el legislador mismo, una vez constituidos. (Ley citada, artículo 20). Cuánto más, pues, por voluntad del testador.

Libre el padre de reconocer ó nó á un hijo como natural, libre ó nó de hacer el reconocimiento por instrumento público entre vivos ó por acto testamentario (Ley 153 citada, artículo 56), no depende de su arbitrio la propia naturaleza del acto, ni los efectos que debe generar en derecho.

La naturaleza, la esencia de los actos está á veces por encima del legislador mismo, porque como cuestión de orden público que es ella, es norma de los legisladores, de los Jueces y de los individuos particulares.

Contados son los casos en que la esencia de un acto depende del legislador mismo. Tal ocurre, entre otros, cuando él, por consideraciones muy atendibles, declara que el acto debe celebrarse mediante ciertas solemnidades. Si ellas no concurren, el acto no existe. Son solemnidades civiles que generan esencias civiles.

La esencia del estado civil se halla propiamente en ser irrevocable. Y si es irrevocable para el legislador, que no quiere ni puede producir perturbaciones en la constitución de la familia, que es asunto cardinal de orden público y de seguridad social, no puede admitirse la consecuencia, verdaderamente extraordinaria, que en este punto otorga más poderes al padre que sigue la ley que al legislador que la establece.

El legislador general no puede revocar ni desconocer el estado civil constituido.

¿Lo puede el legislador particular en su testamento?

Sí, se dice, porque el testamento es revocable.

Pero la ley general es tan revocable como el testamento. Tan esencial es que la ley sea revocable como esencial es que sea revocable el testamento.

Y la ley general revocable no va ni puede ir contra el estado civil adquirido.

Y si lo que se sostiene es que el estado civil conferido en testamento no se adquiere, para hacerse irrevocable, sino á la muerte del testador, se podrá contestar que eso es lo que se discute, que hay en ello una verdadera petición de principio.

El testamento es revocable mientras el testador viva. Pero no es testamento todo lo que él contenga. Lo son las disposiciones de bienes; pero no son de esta clase las disposiciones por su naturaleza irrevocables relativas al estado civil de las personas.

La naturaleza irrevocable del estado civil no cambia en razón de la naturaleza del acto en que se contiene.

No es la forma del acto lo que hace revocable ó irrevocable el estado civil.

Una ley especial, obedeciendo á principios generales de orden y de seguridad, hace irrevocable ese estado. La ley no se suspende en su ejecución por la circunstancia accidental de que dicho estado se confiera en un acto revocable. La revocabilidad general del acto no influye en la naturaleza irrevocable del estado civil, que por accidente se consigna en él. Las dos leyes, la que hace irrevocable

el estado civil y la que considera revocables los testamentos, tienen existencia simultánea: no son opuestas, no se derogan entre sí. Cada cual se aplica á su materia propia. De consiguiente el acto civil irrevocable no se hace revocable porque se consigne en un testamento.

De otro lado, si el reconocimiento de un hijo natural pudiera ser revocado cuando se contiene en un testamento por la regla del artículo 1055 del Código Civil, se habría hecho irrevocable, al tenor de la doctrina general del artículo 20 de la Ley 153, posterior á dicho artículo 1055.

Además, y este es otro aspecto del asunto:

El *reconocimiento* de un hijo natural es una confesión. La ley misma dice que es un *reconocimiento*.

Esa confesión ó reconocimiento debe consignarse, es verdad, con ciertas solemnidades. Debe hacerse en escritura pública ó en acto testamentario. (Artículo 56, Ley 153).

Pero eso tampoco le da ni le quita su naturaleza jurídica de confesión. Es una confesión solemne, si se quiere.

Pero hecha, es irrevocable. No podría ella combatirse sino como se combate toda confesión, esto es, probando que se hizo por error de hecho, ó que el que la hizo no se encontraba al tiempo de hacerla en completo uso de sus sentidos. (Código Civil, artículo 1769). Con sólo decir que no se hizo ó que se retracta, nada se habría obtenido contra la confesión.

Y ésta, aunque solemne en el caso que se estudia, no depende, en su naturaleza, de que el testador viva ó muera. La muerte del testador no influye sobre sus confesiones que no entrañen disposiciones de bienes.

Por medio del reconocimiento de un hijo natural no se dispone de los bienes: se fija un estado civil, según se dijo.

Fijado ese estado como causa, establecidos mediante él vínculos de parentesco y recíprocos derechos y obligaciones, eso influirá ó podrá influir en la manera de disponer de los bienes. Esto es innegable.

Sólo confundiendo la causa con sus efectos, ó efectos inmediatos y necesarios con efectos remotos y contingentes, puede afirmarse que el acto del reconocimiento es acto de disposición de bienes.

Si así fuese, el reconocimiento hecho por acto entre vivos también sería un acto de disposición de bienes, porque fijado el estado civil, él genera ó puede generar efectos sobre la manera de disponer de esos bienes.

Y entonces el matrimonio y la filiación legítima, que crean estados, y la adopción, entrañarían actos de disposición de bienes, porque establecen derechos y obligaciones, relaciones de parentesco, unos, de-

pendencia otros, y todo eso prepara la manera de disponer de los bienes.

¿El matrimonio, la filiación legítima y la adopción son, pues, actos de última voluntad?

Nó. El reconocimiento de un hijo natural lleva como efecto necesario crear un estado civil, que, obtenido, es inmutable, aun por leyes generales posteriores, cuánto más por un testamento; pero no produce sino como resultado remoto ó contingente un efecto sobre los bienes del que reconoce. Y puede no producir efecto alguno en este sentido, si, como acaecerá con frecuencia, el reconocedor carece de patrimonio. En ocasiones las cosas pasarán al contrario: tendrá bienes el hijo reconocido y carecerá de ellos el padre. Por eso la ley no consiente que el reconocimiento produzca efecto contra la voluntad del hijo. (Ley 153 de 1887, artículo 57).

Si en derecho civil el testamento es por esencia un acto de disposición de bienes y el reconocimiento es un acto en que sin disponerse de aquéllos se fija un estado civil, el reconocimiento hecho en un testamento no inviste la esencia de éstos y no es un acto de última voluntad.

Si no es acto de última voluntad, sus efectos, antes que estar en suspenso durante la vida del testador (artículo 1055 del Código Civil), deben cumplirse desde el reconocimiento. Porque si repugna que el testamento produzca efectos entre vivos, repugna de igual modo que los actos entre vivos sólo produzcan efectos como si no lo fuesen, como si fueran actos de última voluntad.

Y si el reconocimiento no es un acto de esta última clase, y si lo es entre vivos, no es revocable, como si no fuera acto de ésta sino de aquella naturaleza.

Y no importa que *disposición* sea "todo lo que manda la ley ú ordena el hombre sobre la persona ó los bienes"; porque teniendo esto en cuenta y observando que el testamento es según la ley una disposición sobre *los bienes*, se ve desde luego que él no es una disposición sobre la persona. Y como el reconocimiento entraña una disposición de esta clase, no es testamento.

Tampoco importa que el inciso 2.º del artículo 1058 del Código Civil considere como una *disposición* la orden que da el testador en un testamento anterior, á fin de que la revocación de él por otro posterior no valga si no se hace con ciertas palabras y señales; pues se advierte desde luego que el testador trata de hacer irrevocables así sus disposiciones, es decir, las disposiciones de bienes. De suerte que una cláusula semejante, aunque ilegal, sí se refiere de modo indirecto á la disposición de bienes.

De lo expuesto se colige que la Sala no infringió las reglas consignadas en los artículos 1055, 1057, 1270, incisos 1.º y 3.º, y 1271 del Código Civil.

IV

Esto sentado, se deduce que puesto que Eduvigis Cabrera de Serrano sí tiene el carácter de legítima de Juan José de aquel apellido como su hija natural (artículo 1240 del Código citado), está investida en general de la acción de reforma que dedujo en el juicio (*ibidem*, artículo 1274).

Es verdad que como no fue desheredada, sino que simplemente no se le mencionó en el testamento, debe entenderse instituida heredera en su legítima (artículo 1276 del mismo Código).

Lo cual quiere decir que la acción de reforma no era necesaria.

Pero vistas las cosas desde este aspecto, ni la demanda ni la sentencia causan agravio en ese punto al recurrente; y si así es, como es verdad, no hay motivo para que éste acuse el fallo, porque el recurso de casación no se dirige, en abstracto, á uniformar la jurisprudencia. Se encamina también, aunque de modo secundario, á enmendar los agravios causados á las partes. (Ley 169 de 1896, artículo 1.º)

Donde no hay agravio no hay parte legítima en casación.

De modo que no es el caso de examinar si se infringió ó nó el artículo 1274 del Código Civil en el concepto indicado.

No se infringieron los artículos 1275 y 1276.

El haber sido omitida Eduvigis en el testamento equivale á una institución de heredero en su legítima. (Artículo 1276).

Si la sentencia dispone que aquella mujer "participe de los bienes y gravámenes de la herencia como cualquier otro heredero instituido," eso ha de entenderse, como es natural, en cuanto dice relación con los bienes y gravámenes de carácter general. No habría quien pudiese pretender que Eduvigis lleve una mejora que nadie le ha hecho. Ni tal cosa se demandó.

Así que si hubiera exceso en lo sentenciado, que no lo hay, se trataría no de la causal primera de casación, sino de la segunda, que no se hizo valer.

Nada cabe decir en orden al argumento consistente en que no ha sido atacado el testamento otorgado por Juan José Cabrera el siete de Febrero de mil ochocientos noventa y ocho.

Se hizo la objeción, pero no se relacionó con ninguna causal de las que permiten casar la sentencia.

En mérito de lo expuesto la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es casable el fallo

acusado, y condena en las costas del recurso á la parte que lo interpuso.

Tásense en la forma legal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

GERMAN D. PARDO—FELIPE SILVA—MIGUEL W. ANGULO—ISAÍAS CASTRO V.—ENRIQUE ESGUERRA—ALBERTO PORTOCARRERO—ANTONIO MARÍA RUEDA G.—*Anselmo Soto Arana*, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Castro V. en el juicio sobre reforma del testamento de Juan José Cabrera.

Con pena me separo de la opinión de mis respetados colegas, y para cumplir el mandato legal que me impone el deber de fundar mi voto, expondré en seguida los motivos que me asisten para no aceptar las conclusiones á que se llega en el fallo que precede. Son estas:

Conforme al artículo 55 de la Ley 153 de 1887, el reconocimiento del hijo natural es un acto libre y voluntario del padre, de modo que no basta que una persona sea hija de un hombre y una mujer no unidos por el vínculo del matrimonio, pero que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, para que tenga la calidad de natural respecto del padre, pues puede suceder que el padre declare ó confiese, de cualquier modo, que determinado individuo es hijo suyo, y á pesar de esto, si no lo reconoce solemnemente y por acto libre de su voluntad como tal hijo natural, ese hijo sólo tiene la calidad de ilegítimo.

Para conferir á una persona el estado civil de hijo natural se requieren estas tres condiciones:

- 1.º Que haya sido concebido á tiempo en que el padre y la madre podían contraer matrimonio;
- 2.º Que el padre lo reconozca voluntariamente, ó lo que es lo mismo, que le confiera el estado de hijo natural; y
- 3.º Que la persona reconocida acepte el reconocimiento.

Sin que concurren estas tres condiciones, el hijo ilegítimo no adquiere la calidad de hijo natural.

El reconocimiento por parte del padre sólo puede hacerse—dice el artículo 56 de la Ley 153 de 1887—por instrumento público entre vivos ó por acto testamentario.

Se entiende, por supuesto, que tanto el instrumento público como el testamento deben ser documentos revestidos de todas las solemnidades legales, y respecto de los cuales se hayan cumplido los requisitos que la ley exige para que sean actos firmes y produzcan efectos conforme á la ley.

El reconocimiento hecho en instrumento público es por su naturaleza irrevocable, porque tal es la esencia de los actos entre vivos, que en casos como estos equivalen á verdaderos contratos, una vez aceptados por el beneficiario.

Pero respecto del hecho en testamento creo yo que no sucede igual cosa, porque el testamento es un acto esencialmente revocable, aunque el testador exprese en él la determinación de no revocarlo, y son nulas las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras, aunque se confirmen con juramento. (Artículo 1057 del Código Civil).

En presencia de una disposición tan terminante como esta, me parece á mí que no debe admitirse ninguna excepción por inducciones. De modo que mientras no haya un texto expreso de la ley que declare la irrevocabilidad de una declaración testamentaria, todas las que contiene un testamento son por su esencia revocables y sólo adquieren firmeza por la muerte del testador.

Entretanto toda cláusula ó disposición de última voluntad es una mera intención que puede el testador suprimir ó modificar á su arbitrio durante su vida.

Como yo considero que el reconocimiento de hijo natural no es un simple hecho sino una declaración de voluntad, como lo es la institución de un heredero ó la de un legatario, el testador puede, cuando á bien lo tenga, cambiar su voluntad libremente respecto de aquél ó éstos.

Si el reconocimiento del hijo natural fuera sólo un punto de hecho, es decir, la declaración de que el testador es padre, eso sólo no sería suficiente para conferir al hijo el estado civil de hijo natural, porque le faltaría la declaración de que le confiere ese estado.

En la antigua legislación española y en las de otros países la mera constancia ó prueba de la paternidad se tiene como suficiente para que el hijo adquiera la calidad y los derechos de hijo natural; pero nuestra legislación, en el artículo 55 de la citada Ley 153 de 1887, ha variado substancialmente la legislación antigua.

“El reconocimiento—dice este artículo—es un acto libre y voluntario del padre que reconoce.”

El artículo 319 del Código Civil Nacional adoptado daba al hijo que no había sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, el derecho de pedir que el padre le reconociera; pero este artículo fue derogado por el citado de la Ley 153, y desde entonces dejó de ser un mero hecho el estado civil del hijo ilegítimo habido entre padres que podían casarse al tiempo de la concepción, para pasar á ser un acto de mera voluntad del padre, voluntad que unida á aquel hecho y expresada con las formalidades legales, es decir, en instrumento público ó en testamento firme, constituye el estado civil de hijo natural, una vez aceptado por el hijo.

Los que creen que el reconocimiento hecho por testamento es una simple declaración de la existencia de un hecho, desconocen una circunstancia esencial requerida por nuestra legislación para constituir el estado civil de que se trata. Si la cuestión fuera simplemente de la prueba de un hecho, ¿por qué no se admite la confesión del padre, la pose

sión notoria de ese estado ú otra prueba semejante? Parece que la razón se deduce claramente de la misma ley. Es que á la existencia del hecho le falta para constituir dicho estado civil la voluntad de conferirlo manifestada solemnemente por el padre.

Y como toda declaración de voluntad hecha en un testamento puede ser revocada, yo creo que el reconocimiento en cuestión está sujeto también á la condición esencial á toda declaración de última voluntad, es decir, á ser revocada libremente por el testador.

El testamento cerrado es también un acto que pasa ante Notario, y ese testamento puede ser destruido por el testador cuando á bien lo tenga, á pesar de que puede contener el reconocimiento de un hijo natural. Pues bien: si ese testamento contuviera un derecho adquirido por el hijo, no podría el testador destruirlo, porque eso iría en perjuicio de aquél, y en el caso de que el testador otorgara testamento público ante Notario, declarando revocado el cerrado y ordenando que no se abriera, en muchos casos por contener secretos de familia ú otras declaraciones que podían ser perjudiciales, podría sin embargo el supuesto hijo hacer abrir el testamento, so pretexto de contener una declaración irrevocable sobre su estado civil.

Lo inaceptable de estas conclusiones patentiza, en mi concepto, la exactitud de la tesis que sustentó.

Las decisiones de la jurisprudencia francesa y las opiniones de algunos expositores de esa legislación no las considero aceptables, porque no hay igualdad esencial entre las disposiciones del Código Civil de aquel país y las leyes colombianas en esta materia, una vez que allá se estima el reconocimiento del hijo natural como cuestión de puro hecho, y entre nosotros, además del hecho de la paternidad, se requiere la voluntad del padre para conferir al hijo el estado civil natural.

Nuestra ley pone á disposición del padre dos medios para hacer el reconocimiento del hijo natural: el primero, que es el del instrumento público, ó si se quiere también, el del acta de nacimiento tiene la calidad de irrevocable; el segundo, que es el del testamento ó declaración de última voluntad, participa necesariamente de la naturaleza íntima ó esencial de este acto, que es la revocabilidad á voluntad del otorgante, y hay que suponer que el padre que elige este último medio se reserva la facultad de revocar esta disposición ó declaración de voluntad, como cualquiera de las que pueden hacerse en testamento, una vez que esa declaración es por su naturaleza un acto libre que el testador no está obligado á hacer aunque se crea padre y aunque haya hecho manifestaciones de toda clase respecto de las relaciones de sangre que lo ligan á la persona á quien puede ó nó conferir ese beneficio, y debe naturalmente suponerse que al elegir el segundo medio no compromete su voluntad de una manera que lo ligue indefectiblemente, y que se reserva la facultad inherente á toda declaración por

causa de muerte, derecho ó facultad que puede tener razones muy fundadas, tales como la conducta del hijo ó las dudas que puedan sobrevenir acerca de la partenidad.

Sucedía en esto como sucedía en el antiguo Derecho Romano respecto de los actos que podían otorgarse en forma irrevocable ó en forma revocable. Así, de acuerdo con esa legislación, cuando la emancipación, la legitimación ó la manumisión se hacían por acto testamentario, eran esencialmente revocables, y si se efectuaban por acto entre vivos no podían revocarse.

El argumento de que la cláusula en que se contiene el reconocimiento de un hijo natural no constituye en puridad de verdad una disposición testamentaria, puesto que no contiene disposición de bienes, es quizá menos fuerte de lo que parece, en primer lugar, porque si se estudia cuáles son los efectos que produce el reconocimiento en relación con los bienes del testador, se ve que en el fondo dicho reconocimiento implica una asignación testamentaria; y en segundo lugar, porque aun admitiendo que esto no fuera así, no se debe por ello llegar á la conclusión de la irrevocabilidad, pues entonces habría que convenir también en que el nombramiento de un guardador, de un albacea ó de un partidor hecho en testamento sería irrevocable, puesto que esa declaración de voluntad no implica disposición de bienes para que tenga efecto después de la muerte.

El punto de que se trata ha sido muy debatido entre los juriconsultos, y las opiniones de éstos no son uniformes. Yo profeso honradamente las que dejo expuestas, y por ello mi deber es manifestarlas tal cual las he concebido.

Bogotá, Julio diez y seis de mil novecientos ocho.

ISAIAS CASTRO V.—PARDO — F. SILVA.
ANGULO—ESGUERRA — PORTOCARRERO—RUEDA G.—*Soto Arana*, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Bogotá, Noviembre treinta de mil novecientos ocho.

Vistos: Al tenor del instrumento público número 193, otorgado en la Notaría de Sogamoso el trece de Abril de mil ochocientos noventa y cuatro, José María y Jerónimo de la Barrera y Clodoveo Acebedo Rosas vendieron á Lorenzo Vácares un globo de tierra denominado *La Sierpe*, *Vijua* y *Cupiagua*, ubicado en el Municipio de Zapatosa, el cual forma parte del terreno nombrado *Vijua* y *Usamena*, demarcado dicho globo así:

“Desde el pie del alto llamado de *La Yegua* se transmonta la cordillera á dar á la parte plana; de aquí, línea recta, á dar al punto de *Punamas*; luego sigue por el camino que conduce á Zapatosa, hasta encontrar el área de población; de allí sigue á dar á la quebrada de *La Cluchaca*; ésta, aguas