

ALGO SOBREASIGNACIONES FORZOSAS

(PRIMER PREMIO EN LAS MONOGRAFÍAS DE 1927)

DEDICATORIA:

A mi padre, cuyo recto
criterio y espíritu de jus-
ticia desearía heredar.

Introducción.

Según el Art. 1226 del C. C. Colombiano, «asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas».

Del contesto de esta definición, así como de la enumeración de las asignaciones forzosas hecha por el mismo artículo, se desprende claramente que nuestro Código Civil no consagra la libertad absoluta de testar. Don Andrés Bello quiso achacar esto a los prejuicios y a las convenciones sociales y agregó que, por tal motivo, la legislación no estaba de acuerdo con la filosofía. Como esta opinión ha sido muy sustentada, entre otros por los socialistas, conviene analizarla. A este propósito dedicamos el primer capítulo de nuestro trabajo.

CAPITULO I

SOBRE EL DERECHO DE TESTAR. — DEFINICION. — Muchos se han contentado con decir que es la facultad de hacer testamento, y luego definir éste. Ello sería aceptable, si no fuese porque al dar la mencionada defición, se ha cometido pecado de inexactitud.

Ginebra, v. gr., dice: «Es el acto por el cual un individuo dispone de sus bienes para el instante de su muerte». Demos por demostrado que es *un acto* y pasemos a glosarla comparativamente. ... «Un individuo». Según esta expresión ya se sienta la tesis de que una sociedad—v. gr. la conyugal—no puede hacer testamento. Mejor sería decir: «es un acto por el cual una persona...» No se sientan tesis desde la definición!

Decir «que dispone de sus bienes» es un exceso, porque una persona puede morir en parte testada o en parte intestada. Bien hacen los Códigos en decir «de todos o de una parte de sus bienes». Así lo hacen el Español y el Colombiano.

«Para el instante de su muerte». El texto nos parece arriesgado, pues su espíritu da a entender que los bienes, en el instante

preciso de la muerte del testador, pasan a otra persona lo que ha sido bastante discutido por los comentaristas, llegando alguno a decir que, «siendo necesario, para que la voluntad se trasmita, además de la voluntad de quien testa, la del heredero, y como la aceptación de la herencia en forma auténtica y verdadera no puede hacerse en el instante de la muerte, resulta que hay un lapso en que los bienes no tienen dueño». No aceptamos la conclusión, porque lo que acontece en realidad es que hay incertidumbre respecto del dueño, como acontece en la herencia yacente; pero para evitar ambigüedades mejor sería decir: «para que tenga pleno efecto después de sus días», con lo cual se agrega la idea de que el testamento «puede tener algún efecto durante la vida del testador» (1) v. g., el reconocimiento de un hijo natural por testamento abierto, si bien es verdad que esto no cae en la materia exclusivamente propia del testamento.

Hasta aquí estamos de acuerdo con la definición del C. C. Español: «Es el acto por el cual una persona dispone de todos los bienes o de parte de ellos para después de su muerte». Pero, reflexionando más, la rechazamos, así como la de Ginebra. En efecto, quien dice testamento (*testatio mentis*), dice voluntad. Y pues ésta es libre de cambiar o no, se hace imposible de creer que las dos definiciones citadas hayan olvidado este elemento esencialísimo en la definición de lo que etimológicamente significa: «Testimonio de la mente», y nos parecen acertadas las palabras con que consagra el Código la facultad de revocación: «conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva». Por todo lo dicho, admitimos la definición de nuestro C. C.: «Testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva».

Es acto. — «Testamento esencialmente es la manifestación de la voluntad con efectos jurídicos». De donde se desprende que es un acto en sentido jurídico, esto es, como opuesto a contrato. En el contrato hay siempre convenio, tácito o expreso, lo que no aparece en el testamento, porque el testador dice su voluntad, de acuerdo con algunas limitaciones, y como la aceptación y repudiación son enteramente libres, resulta que los herederos o los legatarios no quedan obligados en lo más mínimo.

Además, el testamento, *cuando se refiere a su objeto propio*, es revocable, lo cual no sucede en los contratos. Para reformar éstos es preciso el acuerdo de dos voluntades. Es, pues, el testamento un acto por el cual se transfiere la propiedad de uno a otro u otros y que tiene pleno efecto para el testador en el momento de su muerte y para los herederos y legatarios cuando cumplan una condición: la de aceptar.

Debemos antes anotar una cuestión de donde se originó la subrayada a la frase explicativa: «Cuando se refiere a su objeto propio». Esta es: «El reconocimiento de un hijo natural por testamento, subsiste después de revocado éste o nó?» Por el contesto del

(1) González Valencia. — Comentarios al C. C. Colombiano.

Título 6º, Cap. I (1270 a 1273) parece que no. Decimos que sí subsiste a pesar de la revocación total.

Dos partes, en efecto, tiene el reconocimiento: 1ª. La confesión, 2ª. La voluntad de dar el carácter de hijo natural a un hijo concebido fuera de matrimonio. Por cuanto hace a la confesión, ésta no puede ser revocable porque es un acto *uno* e indivisible que, además, imprime a lo dicho carácter de verdad indestructible. Con relación a lo segundo, hay que tener presente que ese no es el objeto propio del testamento sino que la ley permite que en él se manifieste esa voluntad por cuanto es un acto no revocable aun cuando se revoque el testamento en el cual se ha hecho el reconocimiento. Con respeto a esta permisión dice un comentarista: «Limitar la naturaleza del testamento a sólo la disposición de los bienes, es dar de esta importantísima institución una idea mezquina, desmentida por su historia y reñida con las realidades de la práctica». (1) Ocurre, por tanto, que la definición no es absolutamente perfecta, pero es que en las definiciones no se pueden contener *minucias* como son las excepciones y vale más esta inexactitud por defecto, tan fácil de subsanar, como lo hemos visto, que otras tan grandes como la de omitir en la definición lo de revocabilidad, para expresarlo luego con sus excepciones. Nada humano es preciso y completo!

Acto más o menos solemne. Es acto solemne porque aún en las formas más sencillas de testar, se requieren ciertas ritualidades legales que garanticen su veracidad y autenticidad. Si el legislador hubiera olvidado la influencia de las circunstancias, hubiera dicho solamente que es acto solemne; pero no olvidó que se debe favorecer a los que se hallan en peligro de muerte y quieren testar, y para éstos suprimió el cumplimiento de ciertas formalidades, llamando a sus testamentos «actos menos solemnes», en oposición a los que se hacen con todas las formalidades, por quienes pueden hacerlo, llamados «más solemnes.»

Una persona... Se quiere decir con ello que una sola persona puede hacer testamento, o sea, como lo dice el Art. 1059 del C. C. Colombiano: el testamento es un acto de una sola persona. Otros ven en esto la noción de que es un acto personal, es decir, de que no es delegable. No lo desprendemos nosotros del artículo citado ni de la definición, porque hecho por un representante, el testamento siempre sería acto de una persona y no personal. Esta condición debe expresamente manifestarla el Código; así lo hace el Español cuando declara en su Art. 670 que «el testamento es acto personalísimo» y el 1060 del Colombiano cuando dice: «la facultad de testar es indelegable».

Las demás partes de la definición de nuestro Código las hemos explicado ya, restándonos sólo decir que, como se desprende de lo dicho, el testamento también es distinto de las donaciones, porque la donación es contrato y ya sabemos que el testamento es un acto, libre en todo; porque el testamento es revocable con sola la voluntad caprichosa del testador, mientras el artículo 148 exige justa causa para revocar la donación; porque la donación tras-

(1) Falcón. (Cit. de Scevola).

mite el dominio desde en vida del donante y no se refiere a bienes por haber, al paso que el testamento sólo trasmite el dominio después de muerte el de *cujus* y «se refiere a bienes posteriores a su otorgamiento, salvo si la asignación es a título singular», según lo dice el doctor Fernando Vé ez con sobrada verdad.

DETERMINACION.— Toda vez que el testamento es esencialmente considerado «una manifestación de la voluntad con efectos jurídicos», no cabe duda de que es un acto. Vimos también que no es contrato gratuito ni oneroso.

Ripitiendo diremos que es un modo por el cual se transfiere la propiedad de uno a varios o de uno a otro, no en forma absoluta sino condicional y de una manera personalísima. Definición explicativa en la cual se contienen las doctrinas de los artículos 1059, por un lado, y 1536 por otro: la condición suspensiva es la muerte.

FUNDAMENTO.— Entre los que admiten su existencia, que son los mismos que admiten la existencia del derecho de propiedad, ha sido muy discutido el fundamento del derecho de testar. Opinan unos que es Derecho Natural y otros que es Derecho Positivo. Los últimos tienen como argumento Aquiles el que este derecho sólo está reconocido por vez primera en las Doce Tablas; pero olvidan que las primeras leyes no hacen otra cosa que poner en normas de obrar—leyes—lo que existe en la conciencia del pueblo por virtud de sus costumbres y tradiciones, de donde podemos inferir que existía antes y deducir su universalidad, ya que todas las demás leyes lo reconocen y garantizan. Somos, por tanto, partidarios de la primera opinión.

En forma absoluta o condicional y mientras vive, un propietario puede transferir sus bienes o una parte de ellos a otro. Del mismo modo, una persona puede, en favor de una o varias personas, desprenderse de su propiedad, a condición de que ésta reciba sus bienes cuando se cumpla la condición que en este caso, dijimos, es suspensiva, (Art. 1536): la muerte. Más difícil sería convencer de esto a quienes, como todos los socialistas, niegan el derecho de propiedad, que es su fundamento, así como los de independencia y libertad, en virtud de los cuales, como dice Ginebra, puede un individuo disponer de los bienes adheridos a su persona. Siendo, pues, naturales, como son, estos fundamentos, no se puede negar que el derecho de testar sea natural.

OBJECIONES.— «La donación es inválida sin el consentimiento del donante y del donatario; en el testamento falta el consentimiento del segundo, luego el testamento es inválido». Negado el supuesto, toda vez que ya vimos que no era una donación, cae la dificultad tendiente a probar que, puesto que para testar válidamente se necesita cumplir requisitos especiales, eso nada probaría, pues ya veremos cómo los derechos naturales necesitan ser determinados y reglamentados en atención al orden social.

El favorecido adquiere una especie de *jus ad rem*; si acepta, *jus in re*. Si no acepta, el testamento no sería inválido, pues lo que acontece es que no puede ejecutarse por falta de una condición.

Y aquí viene la cuestión de si la aceptación o repudiación son actos libres. El inciso 1º. del Art. 1282 del C. C. consagra esas libertades, si bien en los incisos siguientes reglamenta la aceptación. Quienes no tienen la libre administración de sus bienes, mal pueden adquirir libremente, que es lo que hacen con la aceptación. De éstos, unos, los incapaces en absoluto, v. gr. el impúber, aceptan *por medio* de su tutor. Otros, que tienen una capacidad relativa, aceptan por propio medio, y con el *consentimiento* de sus representantes se perfecciona su aceptación; v. gr., el menor adulto. (Arts. 784 y 785 del C. C.)

Respecto del tercer inciso del artículo citado, cabe observar que parece debiera admitirse la aceptación con beneficio, porque en nada compromete al menor o a quien no tiene la administración libre de sus bienes el aceptar así. Parece que tal inciso quiere evitarles los disgustos y probables perjuicios venidos de gastos y molestias provenientes de la demostración de cuáles son los bienes habidos por sucesión y cuáles por otra causa.

Lo que se hace con la mujer, en fin, es justísimo y el darle poder al Juez para una autorización subsidiaria, prueba a las claras que este artículo consagra la libre aceptación, y que si la reglamenta, es porque así lo exige el propio bien de los herederos o legatarios.

Hecha esta digresión, volvemos a las objeciones y empezamos por observar como teniendo en cuenta la analogía que existe entre testamento y donación, que es manifiesta, cae asimismo la objeción del célebre Palmieri, es a saber: «No puede ser de derecho natural la facultad de disponer uno de sus cosas para el tiempo en que por el mismo derecho natural queda el hombre privado de la potestad y dominio sobre ellas». El dominio es un vínculo moral y nada obsta para que el dueño ponga una condición mediante la cual se origine otro, tal sea su muerte. Así al asignatario viene a quedar ligada la propiedad, y por tanto, nadie podrá ocuparla en perjuicio de él, pues si se le causaren perjuicios tendrá acción para que se le reparen, según las doctrinas contenidas en los artículos 1231 y siguientes del C. C. nuestro.

Con respecto a la cuestión que veníamos dilucidando, esto es, la del vínculo moral que el propietario crea, por testamento, a favor de un tercero, conviene recordar lo que sucede cuando una persona muere debiendo una suma de dinero inferior a sus bienes. De que por derecho natural haya perdido el dominio y potestad sobre sus bienes, no se sigue que no deba pagar la deuda, porque el deudor dejó sus bienes afectados a favor de un acreedor, aun cuando éste no tenía derecho real sino personal sobre el que ya no existe.

Y esto que acabamos de decir es tan justo, que nuestro Código, tratando de deudas hereditarias, lo ha consagrado, fundado en esos principios, pues de un modo general en el inciso segundo del artículo 1016 ordena que sólo se cumplirán las disposiciones del difunto (o las de la ley cuando no dispone o lo hace contra derecho) después de sacadas las deudas hereditarias, y los artículos 1411 y 1413, así como el 1414, sientan el mismo principio, desarrollado sólo para atender a una equitativa repartición, como sucede en el

1415, 1416, con el fin de cumplir la voluntad del testador.

DERECHO DE SUCESION. — Corresponde a nuestro plan el tratar ya de las limitaciones al derecho de testar; pero como éstas materias guardan íntima relación, según podrá apreciarse, vamos a tratar brevemente del derecho de sucesión.

Suceder a una persona es reemplazarla; sucederle en sus bienes es convertirse en dueño de ellos. Como se ve, se sucede a una persona en sus bienes cuando se le compra, o se le acepta una donación, etc. Nosotros tratamos de las sucesiones por causa de muerte, y el derecho de sucesión, en este sentido, es la facultad que tiene una persona de reemplazar a otra después de su muerte en el uso y goce de todos o una parte de sus bienes.

El fundamento de este derecho es la necesidad natural de que la propiedad se perpetúe. Si muerto el propietario nadie le reemplazara en la propiedad, ésta perecería, estancarse y no aprovecharía o causaría males sociales. Se ve, pues, que para responder a esta necesidad natural de la sociedad organizada, es preciso que haya quién suceda al *de cuius*. Ahora bien: cómo se determina ese sucesor?, o en otras palabras: quiénes son llamados a la sucesión? Esta cuestión, que ya tiene relación con el título de nuestro trabajo, es la que resolveremos en seguida, al hablar de la cuarta limitación.

LIMITACIONES DEL DERECHO DE TESTAR. — El rótulo mismo indica nuestra idea, porque entendemos que no hay, entre hombres, derechos absolutos. Además, si el derecho de testar fuera absoluto, no existiría en nuestro Código el Capítulo de asignaciones forzosas, (1) con el cual el Código sustenta nuestra afirmación al respecto: tiene, pues, limitaciones. Estas limitaciones ocurren en cuatro órdenes:

1°. Por razón de la materia, puesto caso que el testador sólo puede disponer de los bienes que honradamente le pertenecen en propiedad. Esta limitación la reconoce el C. C. Colombiano de dos maneras: a) generalmente, en aquellos artículos en que habla de *sus bienes*, dando con ello a ese posesivo un significado propio, cual es el de que *se trata de bienes adheridos a la persona que dispone de ellos*, o sea, de bienes que pertenecen en propiedad al testador. b) particularmente en los artículos: 1165 y 1174 de manera determinada: 1164 y 1168 de manera tácita.

Sin embargo cabe observar que el Código Francés es más estricto en la guarda de este principio (Art. 1021) que el Español (Arts. 861 y 862) y el nuestro (Arts. 1165 y 1174). Esta discrepancia nos hace entrar en el estudio de este problema que no carece de importancia.

El doctor Vélez no acepta las consecuencias del principio desnudo del Código Francés y opta por las distinciones del Colombiano, que son las mismas del Español. Veámos si tiene razón. («El principio sentado por la primera parte del Art. 1165. («El

(1) «Sólo lo limitado puede ser objeto de reglamentación», dijo alguno.

legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, es nulo»), está de acuerdo con nuestro principio sentado arriba, porque con respecto al asignatario no hace más que imponerle una carga, lo cual puede hacer justamente.

La anomalía de que valga el legado de cosa ajena cuando el testador sabía que no era suya, es únicamente aparente, porque no hay tal legado de cosa *ajena*, toda vez que no se obliga a tercero a entregar la cosa ni se defraudan los asignatarios de esa cosa, porque únicamente se impone a un heredero o legatario la carga de adquirirla para dárla al legatario. El principio se salva y asimismo se salva en la parte que dice: «a menos de legarse la cosa ajena a un ascendiente o descendiente legítimo del testador, o de su cónyuge», porque, como lo dice el doctor Velez, la ley presume que el testador quiere que estas personas íntimamente ligadas con él, reciban siempre (sic) a lo que les asigna o su precio».

Visto que se salva el principio, resulta inconveniente la rigidez del Código Francés, pues impide al testador dejar determinadas cosas a su legatario; dá más libertad el Código Español y más aún el Colombiano con la última excepción no contenida en aquél. Convendría, en fin, para mejor cumplir la voluntad del testador, cual es la de que primeramente se adquiera la cosa o *si nó, su justo valor*, establecer lo que establecía la Partida 6^a., Título IX, Ley 20: «E si por ventura non la pudiere haber por compra, o le demandasen por ella mayor precio de lo que vale; entonces el heredero devele dar tanto por ella a aquel a quien fue mandada, *cuan-to apreciaren dos omes buenos*».

También se sienta el principio analizado, en otras disposiciones, v. gr., cuando en los casos del Cap. 3^o. del Título 7^o. del Libro 3^o., o en los del Art. 250 de la Ley 105 de 1890, de conformidad con el Art. 1310 C. C., en el inventario sólo entrarán los bienes que pertenecían en propiedad al de cujus, como lo da a entender el espíritu general del Libro 3^o., y, sobre todo el del Art. 253 de la Ley 105 de 1890 cuando dice, hablando de los bienes que se hallen en manos de tercer poseedor, que no se incluirán en el inventario *mientras no se compruebe sumariamente que pertenecen a la herencia*.

2^o. Limitación. Por razón de moral, porque no puede testarse para fines malos, toda vez que nunca será posible hacer el mal.

Sabio, muy sabio es el inciso primero del Art. 1150 cuando invalida la disposición por la cual se asigna algo a una persona, para un fin inhumano e ilegal, pues no hace otra cosa que consagrar una limitación impuesta por la moral elemental.

Alguno se quejaba, ligeramente, de que nuestro Código no consagrara ese principio pues, decía, a cualquiera le es permitido testar a favor de una sociedad secreta, lo cual equivale a testar para fines inmorales, pues no otros persiguen tales sociedades. Abonándole la ortodoxia del argumento, diremos que esto lo evita el Art. 1020 del Código, pues es lo natural, entre nosotros, que las sociedades secretas no sean personas jurídicas; y si este artículo no llenase su cometido al respecto, ahí está el Art. 1113 de la misma obra, ya que las sociedades secretas, por ser tales, no son

personas ciertas y determinadas. Además, el Art. 16 del mismo Código, prevé el caso de una manera general para cuando, valiéndose de un ardid, encargue a un albacea fiduciario el dar secreta-mente algún bien a una sociedad, secreta también, cuyo objeto parezca lícito.

3ª. Limitación. Por razones jurídicas, ya que ciertas personas no pueden testar sin grave perjuicio para el orden público y los bienes sociales.

El Art. 1061 del C. C. dice: No son hábiles para testar:

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

EXPLICACION:

a) El impúber según todas las disposiciones pertinentes del Código es incapaz para todos los actos de la vida civil. Si el testamento es uno de los actos más serios de aquella vida, con razón no puede hacerlo quien aún no tiene el entendimiento capacitado para abarcar sus proporciones y consecuencias.

Armonizando, o mejor, comparando esta disposición con el Art. 116 del Código, parece que éste se inclinara a creer que el entendimiento de la mujer se desarrollara primero que el del hombre, lo que repugna experimentalmente hablando. Estas dos disposiciones son tradicionales y en tal virtud el hombre necesita 14 años para poder testar y 21 para casarse libremente. La mujer 12 y 18 para los mismos efectos, respectivamente. No sucede lo mismo con el ordinal 2º. del Art. 40. Aquí hay razones fisiológicas, pues la mujer puede concebir antes de la edad en que el hombre puede engendrar. Más racional parece el Código Español que exige 14 años para hombre y mujer.

b) El que se halla en interdicción por causa de demencia, según nuestro Código, se presume hallarse en demencia continua, sin intervalos lúcidos, mientras rija el decreto. De esta presunción, que es de derecho, arranca la diferencia del ordinal 2º. con el 3º, que parecen ser una misma cosa, pues el demente se halla comprendido con las personas designadas en el ordinal 3º. Todo radica, pues, en que un interdicto por demencia, en momentos lúcidos, se sale del carril del ordinal últimamente mencionado. Siendo esto razonable, aparece la manifiesta intención de que un demente, cuando está lúcido, no pueda tampoco testar, doctrina ésta contradicha por el Código Español, cuando en su Art. 665 dice: «Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido... etc., y en el 666: «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá *únicamente* al estado en que se halla al tiempo de otorgar el testamento».

Analicemos este punto:

No parece razonable que un demente, cuando está en estado lúcido, no pueda testar, porque si ese estado lúcido se prueba se-

gún lo establece el Código Español —con dos Facultativos designados por el Notario—, ese tal debe considerarse como un individuo normal; por eso a la presunción de derecho de que un demente puesto en interdicción siempre es demente, debía establecerse esa excepción para el caso de testar, siempre que en el procedimiento se pongan ciertas restricciones para demostrar la lucidez. Así tendríamos un testamento especial para sumar a los privilegiados; y no se ve la razón de permitir a los que están en peligro inminente de muerte el hacer testamentos privilegiados, y de no permitir a los que en un intervalo lúcido están en pleno uso de sus facultades, el hacer testamento que apenas es privilegiado por las circunstancias anteriores o posteriores, no por las actuales del testador. Sabido era, pues, el Fuero Juzgo cuando decía que los locos que, «en alguna hora ovieren sanidad, lo que ficiesen en aquel tiempo debe ser establecido». Repetimos que debe hacerse una excepción para los interdictos por demencia.

c) Al hablar el ordinal 3º. de los que por cualquiera otra causa no estuvieren en sano juicio, no sabemos si quiso comprender sólo a los locos y dementes, o también a los monomaniacos, a los amenazados, a los asustados. Debe entenderse que sí, pues todas estas son causas de enfermedad en el juicio, valga la expresión.

d) Transcribimos aquí lo que dice González Valencia, cuya exposición es propia: «Esta causal se funda en que siendo el testamento un acto importantísimo, manifestación de la voluntad, es necesario que ésta conste de manera clara, que no dé lugar a malas interpretaciones. El sordo mudo, que no se hace entender, es incapaz de testar aunque sea inteligente, porque es la voluntad exteriorizada la que sirve para lo civil y no la puramente interna que se manifiesta a lo exterior, y el sordo mudo, que no sabe escribir, no está en capacidad para expresar su ánimo con respecto de sus bienes póstumos. Si el sordo mudo se hace entender por escrito, cesa esa incapacidad: no podrá otorgar testamento nuncupativo ni menos el verbal; pero lo otorgará de otra clase» (1)

Y visto lo anterior, réstanos anotar que el Art. 1062 del C. C. sobra, porque es una conclusión que siempre se desprendería de lo anterior. El legislador ha querido, pues, aclarar y determinar este punto hasta lo más, haciéndose cargo de su importancia.

4ª. Limitación. — Si por razones de la materia, de moralidad y por razones jurídicas se han establecido las limitaciones que hemos visto, al derecho de testar, por razones filosóficas (no de prejuicios y convenciones como pensó Bello) se deben establecer limitaciones, puesto caso que el testador está en la obligación de reconocer los derechos que otros tengan sobre sus bienes, es decir, los derechos que de sucederle tengan otros (Véase página 10). Esto, supuesto, preguntamos: quién tiene derecho a los bienes del de cujus?

A) De un modo general los acreedores, según lo vimos cuando mostramos cómo el Código reconoce ese derecho.

B) De un modo especial los alimentarios. Veámoslo a la luz de nuestro Código, pues ya esto hace parte principal del objeto de

(1) Obra citada.

este ensayo breve sobre las asignaciones forzosas:

El ordinal segundo del inciso segundo del Art. 1226 del C. C., coloca entre las asignaciones forzosas alimentos que se deben por ley a ciertas personas.

La razón filosófica de este ordinal es la de que los alimentos que se deben por ley son verdaderas deudas hereditarias, las cuales deben ser cubiertas por los continuadores de la persona deudora, pues la muerte no le exime de pagar una deuda mientras tenga bienes, y como no puede pagarla por sí mismo, debe hacerlo por medio de sus sucesores. Si no lo hace, la ley, que vela por el pago de las deudas, suple el incumplimiento del difunto.

Se deben alimentos por ley, de una manera general, a aquellas personas a quienes por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, hay imposición de dárselos. Muerto el obligado, como se trata de una deuda, ésta pasa a cargar la masa hereditaria, bien sea que haya muerto testado, bien intestado, (Nro. 4º del Art. 1016 que no es sino especificación del 2º). Por tal modo que los alimentos que se deben a los alimentarios de que habla el título 21 del Libr. I, cuando ha habido sentencia, es decir al cónyuge, a los ascendientes legítimos, a la mujer divorciada sin culpa suya, a los hijos naturales y a su posteridad legítima, a los padres naturales, a los hijos adoptivos, a los padres adoptantes, a los hermanos legítimos, al que hizo una donación cuantiosa si no ha sido revocada, a la mujer casada civilmente con otro que posteriormente contrajo matrimonio católico, mientras no se casa también católicamente, y al hijo de la raptada (Art. 73 de la Ley 153 de 1887), estos alimentos, decimos, cargan la masa hereditaria como deudas especiales.

En cuanto a la excepción, (a menos que el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión (C. C. Art. 1227), debe tenerse en cuenta que entonces la voluntad del testador fué la de que esa carga recayera en uno o más partícipes, y esta voluntad debe primar, salvo el caso en que la carga sea mayor que la herencia o legado, pues en este caso, el problema es diverso. Estudiémoslo.

Si el partícipe acepta con beneficio de inventario, una vez consumido en alimentos cuanto recibió, puede oponer a cualquier demanda la excepción que le da el Art. 1320 de haber consumido todo en el pago de las cargas. Esto cuando el partícipe es un heredero; si es un legatario, como se trata de pagar deudas *sui generis*, el Art. 1420 lo ampara con el fin de que no pague sino hasta concurrencia del beneficio que reportó de la sucesión. Quién sigue en estos casos suministrando los alimentos forzosos? Como suponemos que no se sacaron de la masa hereditaria de acuerdo con el numeral 4º del Art. 1016, como se trata de una deuda insoluta, pueden ser obligados al pago aún los legatarios exonerados por el testador, siempre que no haya otros legados exonerados, pues en este caso, los alimentos forzosos sólo entrarán a contribución después de todos.

Si un heredero acepta sin beneficio de inventario, debe sobre llevar la carga hasta el fin, pues ésta, según el Art. 1427, siempre le corresponde a él solo, cuando el testador lo hubiere gravado en particular. Pero en este caso, el heredero, v. gr., si es un

legitimario, puede pedir también que contribuyan al pago de esta deuda hereditaria los legatarios, puesto caso que el testador destinó, en el hecho, una parte de los bienes del legitimario al pago de estas deudas *sui generis*. Así parece desprenderse del Art. 1419.

Comentado el Art. 1227, pasemos al 1228.

Los asignatarios de alimentos no están obligados a devolución ninguna porque debe suponerse que ya consumieron. Así lo declara el Art. 421 en su inciso segundo, siempre que no haya habido dolo (118), y el 1228 no hace sino confirmar esa doctrina, y el 1418, según el doctor Vélez, hace lo mismo aún refiriéndose a los alimentos voluntarios.

Pueden rebajarse los alimentos futuros desproporcionados al patrimonio, porque se trata de una deuda *sui generis* que en tanto se debe cubrir en cuanto lo permitan los haberes. Y así hace muy bien en decir el doctor Vélez que cuando los alimentos abordan casi toda la masa hereditaria, aún podía pedirse que cesara la obligación, lo cual puede sustentarse con la potísima razón que se debe más a ciertos herederos - v. g., los legitimarios, por razones que expondremos al hablar de éstos - que a los alimentarios, pues entre éstos pueden haber quienes tengan un vínculo menor con el testador que los legitimarios (Art. 411 y siguientes). Así, por ejemplo, en el caso del Art. 36 de la Ley 30 de 1883, la mujer casada civilmente nunca tiene con su marido ya casado conforme al rito católico el vínculo que éste tiene con su hijo legítimo, por lo cual es muy razonable que si los bienes apenas satisfacen para dar alimentos a esa mujer, se exima al heredero o legatario de toda obligación, con el fin de no dejar al legitimario sin ninguna participación en lo que por el vínculo de consanguinidad le corresponde.

Si los alimentos debidos por ley son una deuda y como tal debe sacarse de la masa común (Art. 1016) o debe cargar con ellos aquel a quien el testador gravó singularmente, los alimentos *que no se deben por ley* deben considerarse como legados de acuerdo con el Art. 1011. A quién corresponde pagar los legados cuando el testador no ha grabado con él persona determinada, que es el caso? No puede sacarse ese legado de toda la masa hereditaria, porque siendo ese legado voluntario, dañaría y sin razón ninguna a los legitimarios, al cónyuge o a otros con mayor derecho. Así lo ha comprendido el Art. 1016 que no enumera estos legados de alimentos voluntarios entre las deducciones que deben hacerse del acervo total. De dónde sacarlo, pues? Por las mismas razones no se puede lesionar la cuarta de mejoras, luego no queda otro camino que el trazado por el Art. 1229, esto es, imputarse las asignaciones alimenticias voluntarias a la porción de bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio.

Supongamos que una asignación alimenticia voluntaria - verdadero legado - se hace a un legitimario. Cómo se hace la imputación? Según el artículo que comentamos debe hacerse de la porción de bienes disponibles libremente por el testador; pero según el 1256, parece que debe imputarse a su legítima. Ya que el alimentario voluntario es también legitimario que no tenía esa calidad cuando se hizo el testamento, no cabe duda que el testador lo que quiso fué hacerle ese legado como mejora aun cuando expresamen-

te no lo declare. Así las cosas, que parecen ser las puestas en razón, el mismo Art. 1256 dice que ya no se imputará el legado de alimentos a la legítima. Se imputará a la cuarta de mejoras? Puesto que el de *cujus* dejó alimentos a ese legitimario conociendo que tendría con qué alimentarse, fué porque quiso que esos alimentos se consideraran como no imputables a su legítima. (Art. 1261, inciso segundo, cuyo espíritu es éste) y que se tuvieran como mejoras, imputables por tanto a la cuarta de mejoras.

Si las asignaciones voluntarias son legados, razón por la cual, hablando generalmente, se imputan a la cuarta de libre disposición, en las alimenticias hechas a los alimentarios legales, que son deudas, cuando tienen exceso, éste debe considerarse como un legado y por tanto seguir la misma regla de las primeras, lo cual hace el inciso segundo consecuente con el primero del artículo 1229: «Si las que se hacen a alimentarios forzosos, fueren más cuantiosas (en este exceso está el legado) de lo que en las circunstancias correspondan, el exceso se imputará a la misma porción de bienes».

G) También tienen derecho a los bienes del *de cuius* los hijos y el cónyuge.

Tratemos esta cuestión en Capítulo aparte, tanto a la luz de la filosofía como a la luz del Código.

CAPITULO II

DEL CONCEPTO FILOSOFICO DE LAS LEGITIMAS Y LA PORCION CONYUGAL.

Primeramente hablaremos de los hijos. En dos partes podemos dividir esta cuestión, respondidas las cuales queda resuelta la anterior.

1^a. Los hijos son herederos naturales del padre que muere intestado?

2^a. Los padres tienen obligación de testar a favor de sus hijos?

.....
Dícese de un padre que muere intestado cuando no dispone de sus bienes por acto testamentario, válido y eficaz, a lo que equivale el sentido del Art. 1037 de nuestro C. C. Los casos que contempla esta disposición son: un individuo no dispone de sus bienes; dispone sólo de una parte; dispone de sus bienes pero lo hace contra derecho, es decir, olvidándose de la legislación positiva, caso este último equivalente a aquél en que «no tienen efecto sus disposiciones». Se señalan otros casos sin importancia aquí.

PRIMER CASO.—Puesto que los hijos son continuación de la persona del padre, no cabe duda de que los bienes antes adheridos a éste, han de pasar, al menos en su mayoría, a los hijos, caso de morir intestado. Ahora bien, el derecho de propiedad que tenía el padre era natural, luego los hijos, en este caso, tienen derecho natural de apropiarse los bienes jurídicamente anexos a la persona de su padre de la cual son desarrollo y perpetuación. Por eso es sabia la disposición del Art. 86 de la Ley 153 de 1887, cuando haciendo cargo de estos principios dice claramente: «Los hijos legítimos».

timos excluyen a todos los otros herederos». Y esto en el Título en que sienta, el C. C. Colombiano, las reglas relativas a la sucesión intestada. Pero como este artículo tiene una agregación, no debemos pasar adelante sin comentarlo ligeramente.

Al hablar de hijos legítimos se trata de todos los descendientes legítimos por relación con la representación que autoriza el Art. 1043. La ley, pues, quiere que los continuadores de la persona del *de cuius* le sucedan. Así, pues, cuando faltan todos los descendientes, falta el primer orden de sucesión, o cuando éstos son indignos.

Como se desprende de todo lo anterior, esos sucesores lo son en caso del ab-intestato. Por qué, pues, se habla de porción conyugal, si ésta nada tiene qué ver con la sucesión intestada, ya que ésta es una asignación forzosa? Por qué hablar de no causar perjuicio por otros herederos, cuando el Art. 1227 que establece la porción conyugal como deuda *sui generis*, ésta no tiene por qué sufrir perjuicio, ni menos de los herederos? Esta parte sobra, mucho más si se tiene en cuenta «que hay casos en que el cónyuge supérstite es heredero y es cuando no hay hijos legítimos», pues entonces sí es llamado a heredar en concurrencia con los ascendientes y los hijos naturales del autor de la sucesión.

SEGUNDO CASO. Supuesto A). Si la parte testada ha sido a favor de los hijos, no hay para qué decir que tienen derecho a sucederle, una vez sentado lo que antes dijimos sobre el heredero.

Supuesto B). Pero si ha sido a favor de otros, queda para ellos la parte intestada, justificándose su derecho por el argumento anterior. Mas esto que decimos es bastante indeterminado, como casi todos los principios naturales, y de aquí el que la legislación positiva haya entrado a determinarlo, teniendo presentes los intereses, no sólo de los hijos, sino de todos los asignatarios.

Si la parte intestada es de tal suerte que, al corresponderle a los hijos y al cónyuge y a los alimentarios forzosos y sacada la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos, no los lesiona, dado el argumento anterior, no hay problema de gravedad ninguno.

Supongamos ahora un caso: Pedro, que tiene un capital de 10.000 pesos, cuatro hijos y esposa sin medios de subsistencia, que no tiene más descendientes, ascendientes ni hermanos de ninguna clase, ni alimentarios forzosos, instituye herederos a Pedro y Juan —dos extraños— por valor de \$ 8.000, sin disponer nada sobre el resto. Según el principio sentado tienen derecho los hijos a ese resto intestado; pero —como probaremos adelante— tienen además derecho a su legítima, y la cónyuge sin medios de subsistencia a una porción y el testamento los lesiona, tienen unos y otra derecho a pedir reforma del testamento. Lo mismo sucedería cuando se lesionasen otros derechos, v. gr. los de los alimentarios forzosos; pero esto a virtud de principios que expondremos más adelante y de los cuales se han hecho cargo los artículos 1274 y 1278 para los dos casos mencionados. Veámoslo.

TERCER CASO. — Cuando el que testa lo hace contra derecho. Los Tratadistas de Filosofía del Derecho han dicho que *dos*

son las condiciones necesarias para que el testamento tenga validez ante la conciencia, a saber: 1^a. Capacidad natural en el testador, esto es, que al disponer de sus bienes tenga la razón y el uso de ella suficientes a disponer libremente (Arts. 1061 y 1062, que confirman esta doctrina: el Art. 1073 cuando pide que se haga constar la circunstancia de que el testador *se halla en su entero juicio*; lo mismo recalca el inciso 4^o. del Art. 1080, pues aun cuando no anula el testamento la omisión de esa asignación en él, siempre muestra la importancia que el C. C. dá a esta condición (Ord. 2^o. Art. 1095 en relación con el inciso 2^o. del 1103 y el mismo del 1110). 2^a. Que dé a conocer de palabra o por escrito su voluntad, y de tal modo que no quepa duda, ante varios testigos, capaces también con capacidad natural. Como la anterior, esta condición también es exigida por nuestro Código. En efecto, el ordinal 4^o. del Art. 1061 que comentamos atrás, no hace otra cosa que sentar el principio de que sólo debe ser válido el testamento de quien puede darse a entender plenamente, y el 1079, el 1081, el 1089, el 1091 sobre todo, y otros varios se fundan en lo mismo. En cuanto a testigos, claros están los artículos 1070, 1071, 1072 en relación con el 1068 así como el 1078, 1079, 1090, 1098 y otros donde se exige lo que dijimos arriba.

Pero la ley civil, para la validez, establece muchas otras condiciones a las cuales dedica buena parte nuestro Código y cuya enumeración no tiene fin práctico ninguno, porque son conocidísimas en general, de tal suerte que actos (testamento, por ejemplo) y contratos válidos conforme al derecho natural—pues reúnen las dos condiciones que piden los filósofos—pueden ser declarados nulos o destituidos de todo valor jurídico por la legislación positiva, teniendo ésta presente que los derechos no deben considerarse en el individuo aisladamente sino en los miembros del cuerpo social, de modo que sus acciones no cedan en daño de otros, antes bien se dirijan al bien común. Más claro: los testados informes tienen validez ante la conciencia, validez reconocida por el ordinal 3^o. del Art. 1527 del C. C.: «las que proceden de actos o que faltan solemnidades» son obligaciones naturales; pero no tienen efectos civiles por lo mismo que el testamento «es un acto más o menos solemne» y los actos tales se rigen por el Art. 1500 del mismo Código en lo que a ellos es pertinente.

Teniendo en cuenta lo anterior, bien clara aparece la razón por la cual nuestro C. C. haya considerado a quien «testa contra derecho» como intestado (1037).

Por lo que hace a nuestro fin, con los anteriores considerados, creemos haber reducido el tercer caso al primero, al intestado. Y como ya probamos que los hijos son herederos naturales del padre que muere intestado, resulta que también lo son respecto al que testa contra derecho.

Pero no puede creerse, porque la realidad dice otra cosa, que todos los tratadistas admitan este derecho de los hijos como natural, sino que hay muchos que lo creen «una mera creación de la ley, y entre los que sostienen que es natural, discrepancias notables hay respecto al fundamento, cuestión esta última capitalísima».

para nuestro intento.

Contra estos principios tenemos ya el argumento de que los hijos son verdadera continuación, verdadero desarrollo y perpetuación verdadera del padre, cuyos bienes han de adherirse primeramente a sus hijos, los que adquieren sobre esos bienes un derecho tan natural a ellos, en el momento de la muerte de su padre, como era el que éste tenía: el de propiedad. Por otra parte, la continuidad y perpetuidad de la propiedad exige que se suceda al difunto, y ninguno, por los vínculos, llamado a ello que no sean los hijos, o los hijos de éstos si hay representación, naturalísima por las mismas razones. Además, podría decirseles que la institución de la sucesión ha pertenecido a todas las épocas, en todos los países, lo cual dá la certidumbre de que proviene de la naturaleza, puesto que no se ve qué interés o fuerza *meramente legal* hayan podido ser bastantes a mantenerlo hasta nosotros, si no es la fuerza de que, por ser natural, se ha gravado profundamente en la conciencia de la Humanidad. Fenómenos universales provienen siempre de la naturaleza!

FUNDAMENTOS. —Fundamentos próximos de este derecho, como hemos anotado, son la consanguinidad y la unidad de la familia, pues en virtud de aquélla se producen relaciones tan íntimas que continúan después de la muerte del jefe de ella, y en fuerza de la segunda para que la unidad, que a su vez nace de la consanguinidad, no desaparezca, son precisos bienes que aúnen a su alrededor la familia, y dichos bienes no serán otros que los que individualmente pertenecen al padre antes de nacer los hijos y que al nacer, vienen a ser como de la familia, por gracia del condominio que se establece entre sus miembros. Este condominio lo sostenemos, pese a algunos moralistas que ven en ello la justificación del robo de los hijos a sus padres. (1)

Paso a paso, poco a poco, vinimos a parar a la segunda cuestión, que si resolvemos afirmativamente, dará por resultado la afirmación a la pregunta inicial: Los hijos y el cónyuge tienen derecho a los bienes del testador?

SEGUNDA CUESTION.—Los padres tienen obligación de testar a favor de sus hijos?

Es ésta la cuestión más difícil; tanto que el señor Bello creó la institución de las legítimas como una cosa impuesta por las preocupaciones, acaso sugerido por una libertad muy bella pero muy dañina que los romanos tenían para testar: «Pater familias uti legassit... ita jus esto». (2) Además, parece que la consideró innecesaria y perjudicial, ideas éstas contrarias a la experiencia por más que el doctor Vélez sostenga lo contrario. Ya lo veremos.

A esta pregunta contestamos nosotros afirmativamente y decimos que es ésta la mayor limitación impuesta al derecho de testar, no por los prejuicios sino por la filosofía más elemental.

Hay autores que como Bello, Montesquieu, a quienes parece

(1) Véase el Art. 807 del C. P., que tiene su explicación en esta teoría.

(2) Cita de F. Vélez.

seguir el doctor Antonio J. Cadavid, sientan un trono para las premisas y levantan un cadalso a la conclusión, pues afirman que la *ley natural obliga* a los padres a sustentar a sus hijos, pero que no les obliga a dejarlos como herederos; pero es lo cierto que a ese deber de los padres corresponde en los hijos el derecho a los bienes de los mismos, derecho que después de la muerte de aquéllos debe perpetuarse, porque si, como apunta el gran Balmes, «la experiencia nos muestra que son muchos los padres que mueren antes de que éstos alcancen la edad adulta y casi todos descienden al sepulcro sin haber podido educar a los menores», no cabe duda de que los padres deben estar obligados a proveer, antes de su muerte y para después de sus días, a la sustentación y educación de esos seres indefensos, continuadores en pequeño, de su persona.

La consanguinidad y la unidad de la familia, así como el condominio, que en la sucesión intestada justifican la herencia por parte de los hijos, justifican también en este caso la obligación que los padres tienen de dejarles bienes a sus hijos, pues no aparece clara la razón para que sus hijos puedan libremente romper esos vínculos, antes sí para que están obligados a hacerlos más indestructibles.

Por lo expuesto, grandemente acertada nos parece nuestra legislación al respecto, y justísimo el sistema de las legítimas en ella establecidas, según el Artículo 1226 que es el que nos ha arrancado estas largas consideraciones. Justísimo decimos, porque siendo la familia y la sociedad dos instituciones indisolublemente unidas, bien hace en favorecerlas de ese modo, no, como pretenden algunos, creando derechos, sino corroborando los que el derecho natural pregona, los mismos que han reconocido casi todas las legislaciones (con pocas excepciones), copia fiel de lo que en las conciencias grabó indeleblemente y desde el principio de los hombres, la ley natural; de suerte que «aunque las leyes civiles no apellidaran a los hijos (a los hijos) herederos forzosos, la sola razón los declararía tales». Otra cosa es que todos los hijos hereden igualmente. Creemos que los hijos pueden heredar distintamente según sus necesidades, y así los menores heredar más. En nuestro sistema democrático las leyes se resienten del criterio de igualdad, y por tanto, las *legítimas* son iguales, no como en Inglaterra donde se favorece a los hombres, acaso por influjo del régimen aristocrático. Pero entre nosotros, si el padre lo estima razonable, le queda el camino de favorecer a los menores con la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos: y conste que ésta es la única justificación que hemos podido encontrar al número 4 del Art. 1226.

Ahora debíamos entrar ya en materia, hechas como están las consideraciones generales sobre ASIGNACIONES FORZOSAS; pero aún nos queda algo que decir sobre estos puntos como consecuencias, puede decirse, de lo anotado.

ORDEN DE HEREDEROS.—Claro está ya lo dispuesto por el Art. 1226, y dado lo precedente, más claro resulta el orden sentido por el Art. 1046, en relación con el 1047 y S. S., puesto que si falta la posteridad legítima, la sucesión debe ampliarse a favor

de los más ligados al *de cuius* — los ascendientes — sin olvidar el cónyuge y a los hijos naturales, y si no, en bien de los colaterales hasta donde los Códigos señalan (1047 y S. S.) por estar indeterminado en la ley natural, llegando hasta establecerse que si los vínculos de los sobrevivientes son muy remotos, los herederos se equiparan a los extraños y aparece el derecho de la sociedad civil, sobre lo cual hay lo siguiente:

Dice el P. Mario Valenzuela que la ley belga hace heredero al colateral en 12º grado y después de él al Estado, como la nuestra al de 10º grado, según el ordinal 2º. del Art. 87, Ley 153 de 1857, que relacionado con el 8, ibidem, hace, después de éste, heredero al Municipio.

No nos parece que las razones aducidas en favor de los herederos unidos por consanguinidad, puedan extenderse hasta donde lo hace la ley belga, porque quizá el *de cuius* tenga más vínculos morales con otras personas o entidades que con un pariente tan lejano a quien ni siquiera le liga el conocimiento, pues la mayoría de los casos, como es de experiencia, un pariente en 12º grado apenas sí es un simple amigo cuando no un desconocido. Reducir este grado al 10º como lo hace la citada ley, quizá es más puesto en razón.

Por lo expuesto nos parece muy extenso lo que consagra el ordinal 3º. de los citados ley y artículo, toda vez que un *colateral de «simple conjunción» en 10º grado* quizá tenga *menos* vínculos que uno de cualquier conjunción, en 12º grado. Y si criticamos lo de la ley belga, con más fuerza debemos criticar este ordinal. Debía, en consecuencia, reformarse este ordinal teniendo en cuenta que los derechos de sucesión de los colaterales *de simple conjunción* (subrayamos) no se extienden más allá del 5º grado, con el fin de buscar una igualdad entre el ordinal 3º y el 2º, pues muy raro sería ver que no tiene derecho a suceder un colateral en 11º grado y sí un colateral adjunto en 10º, cuando, haciendo un cálculo preciso de los vínculos consanguíneos, aquél está más ligado al *de cuius* que éste, generalmente. Ni es justo que los bienes sean ocupados por el Estado, más como abandonados que por derecho de herencia, como dice Genicot, puesto caso que el Municipio está más vinculado al difunto que el Estado, porque en él nació, vivió, adquirió bienes y murió sin testar; y si es cierto que las razones antedichas no pueden extenderse hasta donde las lleva la ley belga — o las llevaba, que no sabemos exista alguna reforma — quizá sí pueden extenderse al Municipio, de quien es común reciba el hombre más favores que de parientes tan lejanos, y a quien, como dijimos, puede estar moralmente más vinculado, razones éstas para que, ampliando criterios, pudiéramos decir que el Municipio es el llamado a recibir los bienes, por una extensión del derecho de herencia. Hizo, pues, muy bien nuestro legislador en derogar el Art. 1051 del C. C., para establecer lo que estableció: «en último lugar (sucede) el Municipio *de la vecindad del finado*».

Con respecto, en fin, a la cuestión de orden de los herederos, nos viene al caso lo que ocurre cuando «por haber parecido dos o más personas en un mismo acontecimiento» no pudiere saberse el orden de los fallecimientos.

Supongamos dos hermanos A y B, casados con C. y D, respectivamente, sin ascendientes ni más hermanos legítimos ni naturales. Sorprendidos por un accidente, v. gr. un naufragio, A muere un poco antes que B. Según el inciso 2º del Art. 1047 de nuestro Código, la mitad de sus bienes pasan a su esposa C sobreviviente y la otra mitad a su hermano B; muriendo éste poco después, recibe su esposa sobreviviente D dos sucesiones íntegras en una: la propia de B y la que éste recibió de A, en virtud del inciso 2º del Art. 1048. Si B hubiese muerto primero, acontecería que su esposa D sólo recibe la mitad de los bienes de B, mientras que C, esposa de A, fallecido en seguida, recibe dos sucesiones en una: toda la de A y la mitad que éste recibió de su hermano (inciso 2º, 1047).

El caso que hemos presentado es cuando se sabe el orden de los fallecimientos. Si éste no se sabe a punto fijo hay que acudir a las presunciones. El Art. 95 del C. C., establece que se tengan como parecidas en un mismo momento y sin que haya sobrevivido una a otra. Así, pues, si no sabemos a punto cierto el orden de muerte de A y B, estos murieron por presunción en el mismo instante y, por tanto, de acuerdo con el inciso 2º del Art. 1048, todos los bienes de A pasarán a su esposa lo mismo que los de B, de donde resulta modificado, por una presunción, el resultado final. Los artículos 721 y 722 del C. C. Francés, por el contrario, establecen otras presunciones basadas en la edad y en el sexo que, a caso, modificarían la situación totalmente. Como se ve, pues, el orden de los herederos cambia de acuerdo con las presunciones. El problema, por tanto, se reduce a analizarlas.

Toda presunción, a nuestro entender, para que sea justa, debe basarse en lo que acontezca casi siempre, esto es, en la generalidad de los casos, pues de otra suerte se caería en el error de sentar como regla general las excepciones, absurdo evidente. Ahora bien: acontecerá siempre o casi siempre o alguna vez siquiera que dos personas mueran en el mismo instante? Nunca. La diferencia de fuerzas físicas nacida de la edad, del sexo; la diferencia de sistemas nerviosos, nacida de las causas dichas etc. etc., determinan, dentro de los accidentes fortuitos, variabilidad de resistencias. Por eso, ya que son necesarias las presunciones en estos casos, nos adherimos más a la francesa como que está fundada en la naturaleza misma, mientras la nuestra tiene su fundamento en la casualidad, débil fundamento que nunca debería aparecer en un Código. Dice así el Código Francés: «Art. 721. Si ceux qui ont péri ensemble, avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu. S'ils étaient tous au dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu. Si les uns avaient moins de quinze ans et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu.

Art. 722. Si ceux qui ont péri avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excede pas une année. S'ils étaient du même sexe, le présomption de survivre, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la natu-

re, doit être admise: ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé».

ARMONIA DE LOS DERECHOS.— Al parecer son opuestos el derecho de sucesión legítima y el de libertad de testar, por lo cual viene a cuento preguntar cómo pueden funcionar simultáneamente, ora dentro del derecho natural, ora dentro de la legislación positiva.

Hemos dicho que el primero es una limitación impuesta al segundo, lo que bastaría para mostrar cómo dentro del derecho natural, pueden funcionar a la vez, ya que ninguna limitación se opone al derecho que limita, pues si esto fuera así, como todo derecho las tiene, ninguno podía ejercerse, lo cual es absurdo hasta la evidencia. Pero si esto no bastare, agregamos lo que anota el Dr. M. J. Sierra en sus Conferencias inéditas sobre Filosofía del Derecho: «Este conflicto se resuelve en la mayor parte de las legislaciones positivas mediante el sistema combinado de las legítimas y la institución de lo que se llama porción conyugal»; «así se salva el principio de la sucesión legítima y el derecho de testar».

Otros salvan el principio de la sucesión legítima estableciendo el derecho natural de la familia a suceder en caso de faltar el testamento, pero dicen que el derecho del testador, cuando éste es padre de familia, prevalece sobre el de los hijos y que por tanto no tiene obligación de testar a su favor. Admitimos lo primero, por lo cual, y con el sistema de las legítimas y porción conyugal y la cuarta de libre disposición, salvamos dicho principio más claramente que estos últimos. Pero, por lo dicho, rechazamos lo segundo, ya que hemos probado que los hijos tienen derecho a los bienes de sus padres, derecho tal que no puede dejarse funcionar en caso de colisión con el de libertad de testar, puesto que éste viene a ser el menor, por la sencilla razón de estar limitado por las obligaciones múltiples que los padres tienen con sus hijos y que, como probamos, van más allá de sus días, porque no se concibe qué ley natural que obliga a los padres a alimentar, enseñar y educar a sus hijos, quede derogada por el mero hecho de faltar el padre en los momentos en que los hijos—al menos los menores—no tienen medios de valerse por sí mismos ni de educarse. Si pues el padre tiene bienes, debe estar obligado a dejarlos para con ellos cumplir en parte siquiera el deber que la naturaleza le impone para con los hijos.

Poderoso para robustecer la autoridad consideran su sistema los contrarios y dan para ello varios argumentos: que los padres carecerían de medios eficaces para hacerse respetar y obedecer, si los hijos supieran que, sea cual fuere su conducta, habrán de heredar. A esto pudiéramos responder que los abusos de los hijos no son tan frecuentes que lleven a hacer precisa la violación del *derecho natural* que tienen, y que, consagrando lo contrario, los abusos de los padres serían incontables, porque, por ejemplo, qué sucedería con los hijos legítimos de un primer matrimonio, si por desaprobar un segundo menos conveniente al decoro de la familia, se vieran, gracias a la libertad absoluta de testar que tiene el padre, privados de todo auxilio a la muerte de éste?

«Además, como dice el citado P. Sierra, el deseo de robustecer

cer por tal medio la autoridad paterna, acostumbra a los hijos a obedecer y respetar a sus mayores, sólo por móviles interesados, lo cual, poco a poco, sería la ruina de toda moral». Tampoco nos hacen gracia ciertos argumentos un poquito sentimentales donde Bello, olvidando su serenidad, razonó con el corazón, valga la frase, y habló de que las legítimas no se encontraron sino después de la decadencia de las virtudes republicanas de Roma, lo cual a lo sumo probará que con la decadencia de la familia, ésta necesitó de apoyo; pero nunca que deben olvidarse en las repúblicas sanas.

Parece razonable, por otra parte, la desheredación concedida por el Art. 1266, en cuya virtud los padres pueden sancionar la mala conducta—ampliando el significado—de sus hijos. Cae, pues, totalmente el argumento de los que consideran la libertad absoluta de testar medio eficaz para robustecer la autoridad paterna,

Indudablemente los sostenedores de esta vieja teoría tuvieron en cuenta lo que pasaba entre los romanos antes del célebre SENATUS CONSULTO MACEDONIANO, pues los hijos de familia que emprestaban (sic) dinero, asegurando el pago a la muerte de su padre, valíanse del parricidio al verse acosados por los acreedores, para poder cubrir sus deudas, escudados del derecho de sucesión sin restricciones, en tal caso. Los romanos prohibieron tales préstamos por la ley Claudia del 47 y por el S. C. Macedoniano (69-79), en lugar de declarar indigno de suceder al que tal hacía, como lo declararon más tarde. Para nosotros no existe la dificultad, no sólo por las razones dichas, sino también porque nuestro Código ha sido tan prudente que no ha olvidado prever el mal que los romanos tardaron tanto en extirpar. Los Artículos 1266 y siguientes a ello son pertinentes.

OBLIGACIONES DE LOS HEREDEROS.—A quien el testador deja una carga, claro es que obliga satisfacerla. A los asignatarios obliga pagar las deudas cuando no hay otros. Obliga a los herederos? Cuando hay bienes claro que sí y a ese propósito está muy bien el Art. 1411 del C. C. Colombiano. Pero se presenta esta cuestión: los hijos, o mejor, los legitimarios, tienen obligación natural de pagar las deudas del de cuius cuando éste no deja bienes? Obligación legal no tiene ninguno según nuestra legislación. Podrán tenerla natural? Si los hijos heredan—como entre los romanos—porque sustituyen en todo la persona del difunto, deben pagar las deudas de aquél. Pero en nuestro sistema, en el cual los hijos heredan por un derecho correlativo con el deber de los padres, y a virtud de los vínculos y del condominio sobre los bienes, cuando el padre al morir carece de éstos, no tienen los hijos ni siquiera la obligación natural de pagar las deudas de su padre. Otra cosa será que lo hagan por un rasgo de delicadeza filial, considerando que tienen casi un deber moral de cubrir tales deudas.

Hemos dado ya casi toda la filosofía del Título 5°. Réstanos entrar en los comentarios de los Cap. 2° y 3°, pues el 4° con lo dicho sobre el Art. 1266 y siguientes tiene ya suficiente comentario. Dividiremos esto en dos capítulos.

CAPITULO III

DE LA PORCION CONYUGAL

En lo que precede hemos justificado ligeramente la existencia de esta asignación forzosa basándonos en los vínculos del *de cuius* con el cónyuge sobreviviente, en el deber de aquél para con éste cuando el que queda en el mundo carece de los medios suficientes para vivir conforme su rango y posición social anterior; pero esto no basta y como es materia importantísima, debemos estudiar la cuestión más detenidamente.

DEFINICION.—«La porción conyugal es aquella parte del patrimonio—dice el Art. 1230 del C. C.—de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia».

Como se vé, la porción conyugal es la segunda de las asignaciones forzosas, asignación distinta a las legítimas, no sólo por el fundamento esencial, sino por la relatividad de ella, porque las legítimas son absolutas, esto es, no tienen en cuenta las condiciones pecuniarias, al paso que la porción conyugal toma existencia de las circunstancias de fortuna en que se halle el cónyuge supérstite. No basta, pues, cónyuge como basta legitimario: es necesario que aquél carezca de lo preciso para su congrua sustentación.

DETERMINACION.—«La porción conyugal es una carga de la sucesión y el que la recibe no es propiamente un heredero sino más bien un acreedor», dice G. Valencia. y nos adherimos a esta opinión, ya que es una verdadera asignación alimenticia aunque distinta de las forzosas.

FUNDAMENTO.—Históricamente el fundamento de la porción conyugal viene a ser la *cuarta uxoria* establecida por Justiniano para enmendar las injusticias del derecho romano, gracias a la cual la viuda pobre, sin medios de sustentación (ojalá no se dijese subsistencia en nuestro Código), recibía la cuarta parte de los bienes del marido.

Esta disposición no pasó a las Partidas directamente como lo afirma el doctor Vélez, sino que los visigodos trasladaron la costumbre de amparar a la vida «a su Codez de otro cuerpo legal bárbaro la *lex antigua* concerniente a dicho particular (Fuero Juzgo, ley XIV, tit. 2º, lib. IV). Después de varias evoluciones al través del derecho civil de Castilla, Aragón y Navarra, si pasó la disposición a las Siete Partidas: «.....E. Por esta razón tuvieron por bien los sabios antiguos, que si el marido non dexasse a tal muger en que pudiesse bien e honestamente vevir, nin ella lo oviessse de lo suyo que pueda heredar hasta la quarta parte de los bienes dél.....» (Ley 7ª., tit. XIII Part. 6ª.) Esta disposición no se conservó en el Código Chileno y en él se corrigió una injusticia, haciendo extensiva la facultad de adquirir bienes del cónyuge muerto, a cualquiera de los cónyuges cuando carece de los medios necesarios para la congrua sustentación. Como se ve, en todas las legislaciones ha existido la idea, el principio de amparar al cónyuge desvalido, si bien ha habido errores en la aplicación

del principio. Esto prueba a las claras que es un fenómeno proveniente de la naturaleza, no de prejuicios ni convencionalismos.

Filosóficamente la porción conyugal tiene su fundamento. Este ya lo vemos de una manera embrionaria expresado en la Partida citada: «Páganse los omes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa e derecha es, pues que las aman, e las honrran en su vida, que non finquen desamparadas a su muerte.» De una manera general diremos: «que no se concibe que una persona que tenga muchos bienes pueda dejar en la indigencia al cónyuge». El matrimonio establece la unión más estrecha entre dos personas y la ley no puede permitir una inmoralidad semejante, como es la de dejar en la miseria al cónyuge; por lo tanto impone al testador la obligación de asignar al consorte lo necesario para su congrua sustentación.

Socialmente puede decirse que la porción conyugal no sólo atiende a las consideraciones dichas, sino, como dice el Comentarior Morales, a que la sociedad conyugal no se rompa totalmente con el fallecimiento de uno de los cónyuges, a que continúe, pues aunque desaparezca el uno queda el otro que asume toda autoridad y dirección, y a su alrededor se agrupan y estrechan los hijos que aún no puedan valerse por sí mismos. Recuérdese que este fué uno de los fundamentos que pusimos a las legítimas y se verá la estrecha relación que guardan y por qué dijimos con el Dr. Pbro. Manuel J. Sierra: «El conflicto entre el principio de la sucesión legítima y el derecho de testar se resuelve..... mediante el sistema combinado de las legítimas y la institución de lo que se llama porción conyugal.....»

COMENTARIOS.—Art. 1231. Los fundamentos que hemos puesto pueden resumirse: amparo al cónyuge desvalido, necesidad de fomentar la unión familiar y evitar la disolución de la familia. De acuerdo con lo primero, si el cónyuge desvalido está divorciado no hay por qué eximirlo de su porción conyugal; pero si ha dado ocasión al divorcio es porque tácitamente renunció a todo auxilio de su cónyuge y la ley no tendrá por qué asignárselo, tanto más cuanto que con ello no fomenta la unión familiar ni evita la desunión, pues ésta ya se ha realizado con el divorcio culpable. Por eso es sapientísimo el artículo que establece como condición para recibir la porción conyugal que el cónyuge no esté divorciado por culpa suya: «Tendrá derecho a la porción conyugal el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio.» Quien no tuvo culpa, v. gr. la mujer que se divorció por amancebamiento del marido, a nada renunció y por tanto le debe quedar su porción. Quien la tuvo, a todo renunció y el fundamento social ya nada vale por la desunión anterior de la familia.

Arts. 1232 y 1233. Estos dos artículos se complementan, pues el 2º no es otra cosa que una explicación, un comentario del 1º. El Art. 1232: «El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo o en parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente», no es, en lo esencial, más que una explicación al

principio consagrado en el Art. 1013: «la herencia o legado se defiere. . . en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata. Por lo visto se ve que en el momento de morir el otro cónyuge, si el supérstite llena en ese preciso instante la condición de no tener medios de subsistencia, es claro que en ese preciso instante, por ley natural y positiva, adquiere un derecho perfecto a la porción conyugal, derecho que, como adquirido, no puede perder por adquisición de bienes posteriores. Por tal razón nos parece que con haber dicho: «el derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge», bastaba, pues lo demás no era sino consecuencia. De modo, pues, que la segunda parte no tiene más objeto que el de evitar escollos, en lo cual la ley es sabia. Idéntica cosa sucede con el Art. 1233: «el cónyuge sobreviviente que al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no lo adquirirá por el hecho de caer en pobreza», pues es evidente que si no adquirió un derecho cuando era hora de fijarse en el cónyuge, ya después es vano llamarlo. «El derecho que vino en el momento de abrirse la sucesión ya no desaparece y si es que no vino, ya no viene jamás». Dada esta síntesis del doctor González Valencia, es inútil anotar las consecuencias prácticas como lo hace el doctor Vélez, gastando en ello un sistema inútilmente casuista.

Art. 1234. En este artículo se definen dos clases de porción conyugal: la *íntegra* cuando el cónyuge no tiene bienes y hay que darle, de acuerdo con el 1236, la cuarta parte de los bienes del difunto o la legítima rigurosa, según el caso; y la *complementaria* «cuando tiene bienes pero no de tanto valor como la porción regular (INTEGRA)». Es natural que se complemente la porción, de acuerdo con la naturaleza de ésta, que es la de subvenir a las necesidades TODAS del que queda en vida, acaso con muchas necesidades.

Art. 1235. Este artículo es una consecuencia del anterior que en la práctica da los mismos resultados definitivos. Por eso lo pasamos por alto, pues si la mujer, según el inciso 2º. del anterior, tiene derecho de opción entre la porción conyugal y la asignación que se le hubiere hecho o gananciales, con mayor razón tendrá la opción entre esa misma porción y los bienes o derechos que posea.

Art. 1236. «La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos». Que la porción conyugal sea precisamente la cuarta parte, es sin duda algo que depende de la tradición (de la cuarta uxoria). No sucede lo mismo en otras legislaciones talvez porque se apartan de la tradición. Así el Código Español, un tanto casuista, establece o porción igual a las legítimas o tercera parte o mitad según el caso, pero nunca cuarta parte (Arts. 834, 835, 836 y 837). En cuanto a la excepción, es razonable, porque no estaría bien que el cónyuge recibiera generalmente más que los hijos, pues raras veces ocurriría que a un hijo le tocase por legítima una cuota igual a la cuarta parte y si ocurriese, mejor es que padre o madre e hijo reciban igualmente según el inciso 2º.

Supongamos un patrimonio de 40.000 pesos (caso de González

Valencia) y que no haya descendientes, la porción conyugal sería de 10.000; pero si hay hijos legítimos, la cosa varía. Hay tres, v. gr., y con ellos concurre el viudo o viuda: la mitad es para los legitimarios. Y no se crea que de la otra mitad debe sacarse la porción para el cónyuge después de dividir 20.000 pesos entre los tres hijos, no. La mitad, dijimos, es para los legitimarios y entre éstos está el viudo o viuda, es decir, que los 20.000 pesos se dividirán como si hubiese cuatro hijos. A cada uno corresponderá 5.000 y lo mismo al cónyuge: 5.000.

Comentando el caso anterior, que es el resultado de un sistema, dice González Valencia: «Hay quien piense que en este caso el cónyuge debe considerarse como heredero, pero eso no es así». La ley quiere que se cuente al cónyuge como hijo, lo cual no quiere decir que cambia la naturaleza de la porción conyugal sino que es un modo especial para computarla. Y computarla así es más equitativo que por el otro sistema antiguo en que el cónyuge podía recibir más que los hijos.

Este sistema, el mismo del Dr. Vélez, el que a su vez lo tomó de Frabres y Vera, no ha sido generalmente admitido.

Se ha creído que en este caso, las legítimas quedan gravadas contra lo expresamente dispuesto en el Art. 1250 y así, dicen los sostenedores del segundo sistema, que la porción debe sacarse de la otra mitad, lo cual ya refutamos ligeramente al citar el caso.

El sistema dicho es contrario a la letra de la ley: «el viudo o viuda será contado entre los hijos» etc., porque en vez de contarlo entre ellos, se le cuenta fuera para darle porción conyugal de una mitad distinta. Además, por qué dice el Art. 1248 «Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima..... dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros, y la porción conyugal, en el caso del inciso 2º del Art. 1236? Claro que porque la porción conyugal, en este caso, se saca de la mitad legitimaria sin tocar para nada la cuarta de mejoras y la de libre disposición, sin razón ninguna para ello, pues como dice magníficamente el doctor Vélez, si se sigue este sistema, «se gravaría la primera cuarta en favor de una persona que no era descendiente legítimo del difunto (Arts. 1242 y 1253), contrariando abiertamente la ley, y disminuiría la segunda cuarta limitando las facultades del testador sin razón para ello». Queda, pues, en pie el primer sistema.

En la interpretación de la expresión «descendientes legítimos» hubo en otros tiempos muchas dificultades. Hoy las doctrinas jurídicas han aclarado el punto principal cual es la de si será descendencia legítima del difunto la descendencia legítima de los hijos naturales? Si se estudiara con detención el Art. 39 del C. C. y se parara mientes en su ejemplo, no habría dificultad. Pero aun cuando éste no fuere tan explícito, allí está el Art. 1240 que habla de hijos legítimos y su descendencia, esto es, *descendencia legítima del difunto* y luego habla de hijos naturales y su descendencia legítima, como para diferenciar esta descendencia de la legítima del difunto.

OTRA DIFICULTAD—Las acumulaciones aprovechan a la porción conyugal? El Dr. Vélez se engolfa en multitud de disquisiciones

y citas a este propósito. La cuestión puede sintetizarse. Qué razones hay en favor de las acumulaciones para computar la porción conyugal? Razón legal no hay ninguna y todas las razones pudiéramos llamarlas de orden filosófico. No hay razón legal, porque, según el Art. 1257, sólo se autoriza la acumulación para los efectos del 1242, a los que sean asignatarios a título de legítima o mejora, con lo cual excluye la porción conyugal. Por otra parte, en el Código nada se encuentra que autorice la acumulación, autorización que debiera encontrarse en el Capítulo que comentamos. No habiendo, pues, razones legales debe prescindirse de toda acumulación. Defecto de la legislación? Evidentemente que sí, porque, como dice un expositor, «deja en manos del cónyuge el disminuir a su arbitrio la cuantía de la porción conyugal, aun reducirla a cero», lo cual no puede ser justo porque pugna con los fundamentos de esta institución y, para un cónyuge avisado y de malas intenciones, sirve para echar por tierra todo lo estatuido al respecto. Debería, pues, introducirse alguna reforma en este sentido porque si todas las disposiciones de un Código no se complementan, antes bien faltan algunas y esa falta sirve para burlar las otras, éstas vienen a ser, en ciertos casos, nugatorias, absurdo enorme que debe salvarse.

Leyendo la sección séptima del Código Español sobre derechos del cónyuge viudo, aparece salvado este defecto, pues siempre se computa la parte del cónyuge en relación con las legítimas, las cuales se computan del acervo imaginario, o por mejor decir, siempre la porción conyugal es fija y no está sujeta, como en nuestro Código, a que, por donaciones revocables hechas en razón de legítimas o mejoras, de irrevocables *idem* e irrevocables hechas a extraños (1234 y 1244), la porción conyugal sea mínima o ninguna.

Arts. 1237 y 1238. Este último es claro en general y relacionándolo con el 1831, resulta más claro aún. Además, si filosóficamente pudiera analizarse, este análisis sería por el lado de la responsabilidad y bien sabido es que para ello se requiere un tratado aparte, reñido con la extensión de nuestro trabajo.

Hablemos del 1237. «Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio». La explicación de este artículo en sí mismo es tan clara que no necesita explicaciones. Notamos, sin embargo, que según el Art. 1234, el cónyuge sobreviviente debe imputar a su porción conyugal todo lo que tuviere derecho a percibir *a cualquier otro título* en la sucesión del difunto y que según el 1237, si percibe *a título* de donación, herencia o legado cuando esto excede a lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto ha podido disponer libremente. Hay en esto contradicción? Según el Art. 1234 todo lo que la mujer recibe del patrimonio se reputa como parte de su porción conyugal, es decir, que tal artículo limita la porción conyugal a lo que debe ser según el 1236. En cambio, según 1237, la porción conyugal es más de lo que debiera ser, pues la mujer recibe como porción conyugal lo que determina la ley más

otras asignaciones que se sacan de los bienes de libre disposición. Esto no sería sino una excepción para caso de que el testador así lo dispusiera; pero, no disponiéndolo así, aparece la contradicción: el primero, aún tratándose de *percibir a cualquier título*, limita la porción: el segundo no la limita cuando se trata de *percibir a título de donación, herencia o legado*. ¿Cómo se resuelve, pues, esta dificultad?

Si el cónyuge tiene bienes, se imputarán a la porción conyugal y lo mismo si se le hace una asignación sin decir a qué se imputa, pues el espíritu de la ley es éste (1234) siempre que el cónyuge no haga uso de la opción que le concede el Art. 1235. El exceso por asignaciones no debe imputarse a la cuarta de libre disposición en este caso, pues contraria la intención legal de que la porción sea conforme al 1236, esto es, que no reciba del patrimonio sino lo que sea parte de su porción conyugal; pero si el testador dispone o tiene voluntad clara de dejar a su cónyuge sobreviviente no sólo la porción conyugal, sino también esa donación, herencia o legado o dice que éstos deben imputarse a los bienes de libre disposición, en este caso debe recibir no sólo su porción rigurosa sino también esa asignación hasta donde alcancen los bienes de la libre disposición.

CAPITULO IV

De las Legítimas y Mejoras

Hemos dedicado la parte esencial de nuestro estudio a la justificación filosófica de estas instituciones. De aquí el que sólo nos reste comentar *ligeramente* lo que en el Código se refiere a ellas.

Art. 1239. Legítima es una especie de asignación forzosa como ya lo hemos visto, que nuestro Código en su Art. 1239, define: «es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios».

El Dr. Francisco E. Tobar critica esta disposición en los términos siguientes: «Si se toma aisladamente lo que allí se llama legítima, puede confundirse con la cuota que la ley asigna a los herederos ab-intestado. En efecto, la parte de bienes que en una sucesión ab-intestado toca a los llamados a suceder «es una parte de los bienes que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios» (la subraya es nuestra, pues en olvidar este elemento especificador, determinante y diferenciador radica, a nuestro entender, esta apreciación errónea). Súplese—dice Tobar—la deficiencia de esta definición con lo que se dice atrás de los legitimarios que son asignatarios forzosos, y se sabe por esto que la legítima es aquella parte que forzosamente corresponde a los herederos. Hubiera sido de desearse que la ley definiera más claramente, diciendo v. gr., que la legítima es aquella cuota de los bienes que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios, *parte que les asegura aún contra el querer del testador*». Creemos que esta agregación es inútil, porque con decir: a ciertas personas llamadas legitimarios, ya se diferencia esta asignación de la cuota que la ley asigna a los herederos ab-intestado, a más de que la palabra legitimarios, rela-

cionándola con el Art. 1243, da ya a entender que esa parte se asigna segura contra el querer del testador.

La segunda parte del artículo indica que la legítima corresponde a asignatarios forzosos que siempre son herederos a diferencia de otros como el cónyuge y los alimentarios, que no lo son. Debiera decirse con más propiedad: «los legitimarios son siempre herederos», pues el que sean herederos no es consecuencia de la asignación como lo parece expresar el Código en dicho segundo inciso.

Art. 1240. Al reconocer este artículo como legitimarios a los padres e hijos naturales, corrobora lo que decíamos de los hijos al hablar de las legítimas, pues ante la filosofía no hay para que entrar a deslindar el que esos vínculos sean o no sacramentales. Claro que hablamos de vínculos de consanguinidad—fundamento del derecho de sucesión de los hijos—no de vínculos afectivos o familiares de los cuales depende el que se prefiera a veces a los legítimos, como es natural.

«Son legitimarios los hijos, personalmente o representados». De modo que las reglas de la representación se aplican en el pago de las legítimas y por tal modo vienen las reglas de la sucesión intestada a tener parte en la sucesión testada (Art. 1241). No se dice los descendientes legítimos, precisamente para sentar el principio de la representación por estirpes, pues si se dijera así, heredarían por cabezas lo que resulta inconveniente. En el inciso 2º. no todos los ascendientes son llamados, sino algunos como en el caso lo establece el Art. 1241. El inciso 3º sienta el principio de que sólo la descendencia legítima puede representar.

El 4º establece una diferencia con el 2º, pues reconoce los vínculos con los padres naturales—consanguinidad—pero siendo tan débiles con los abuelos, y como además no existen los del cariño, quizá, y la familiaridad, no dá a los abuelos ninguna posibilidad de derecho.

Art. 1242. Según este artículo la cuota para extraños varía según que el de cujus tenga o no descendientes legítimos. La cuota será de la mitad, si no los tiene, y si los tiene, una cuarta será para disponer libremente y las otras tres cuartas se reparten así: dos partes para los legitimarios y una para mejoras, y éstas puede dejarlas el testador como tenga a bien, y puede dejarlas v. gr., a los nietos que no son legitimarios, hijos de legitimarios. Todo, eso sí, dentro de la descendencia.

Pero lo más importante de este artículo es la oposición con el 1047. De acuerdo con éste el hijo natural es heredero y se le dá la tercera parte cuando concurre con hermanos legítimos y cónyuge (inciso 1º). Conforme al 1242, al hijo natural, cuando hay sólo hermanos legítimos y cónyuge (el mismo caso) como es el único legitimario, le corresponde la mitad de los bienes. Este sistema envuelve la injusticia de que el padre, para disminuir lo que corresponde al hijo natural cuando hay hermanos legítimos y cónyuge, dejaría de hacer testamento. Cómo obviar este defecto? Según el Dr. Vélez, «fijando la legítima con relación a lo que había correspondido al legitimario en sucesión intestada», no habría dificultad. Pero ya que no existe esto en el Código nuestro, cómo proceder?

El citado Vélez analiza varios sistemas y por ninguno se decide. El más aceptable nos parece el siguiente, copiado de Vélez:

«Vista la contradicción, que nada tiene de extraño, porque el Legislador no es infalible, se trata de saber cuál de las dos disposiciones contradictorias debe aplicarse. El Sr. Fabres, fundándose entre otras razones en que la legítima debe ser invariable, en que es absurdo que pueda disminuirse cuando el hijo natural concurre con individuos que no son legitimarios, como el cónyuge y los hermanos legítimos; en que la historia de la ley demuestra que la tradición aludida provino de un descuido inexplicable; en que el espíritu de la ley y los principios de justicia no autorizan la disminución de una legítima sin motivo alguno, sostiene que debe prevalecer el 1242 sobre el inciso 1º del 1047 y, que por lo mismo, cuando concurren hermanos legítimos, cónyuge e hijos naturales, la porción hereditaria de éstos, será la mitad del acervo líquido, y la otra mitad se dividirá por partes iguales entre el cónyuge y los hermanos legítimos». Claro es que aquí no puede alegarse la razón de especialidad, pues tan generales o especiales son las unas disposiciones como las otras de los títulos en que hallamos estos artículos. Pero como el caso es dudoso, debe preferirse la aplicación que esté más conforme con la justicia, que es la del 1242, artículo por otra parte consignado posteriormente al 1047.

Art. 1243. Este artículo, como los siguientes, tiene por objeto atender a que no sufran por razón de donaciones revocables o irrevocables hechas *a título de mejoras o legítimas*, las porciones legales, con excepción de la conyugal, que ya vimos cuánto puede legalmente sufrir.

Sin embargo, ocurre con frecuencia que se dona sin hacer mención al título a que se hace la donación. Este caso, por tanto, no está contenido en este artículo de pésima redacción en cuanto choca con la justicia elemental. Salta, pues, la duda de si lo donado sin advertencia debe acumularse al acervo líquido. Según la letra, nó. Pero, conforme a su espíritu, sí, a lo cual ocurre el Art. 1256 que soluciona *en parte* la dificultad, porque según él todas las donaciones hechas a un legitimario, deben imputarse a su legítima; y si la expresa voluntad del testador es esta, a su mejora. Pero en este sistema las cuartas de libre disposición y de mejoras PUE- DEN tomar distinto camino al que toman cuando se sigue el 1243, por lo cual dijimos que soluciona la dificultad *en parte*.

Se habla de acumulación *imaginaria* pero sólo para el efecto de las operaciones: en el resultado la acumulación es real, y debe serlo, pues de otra suerte no tendría objeto.

Un padre deja al morir tres hijos y un acervo líquido de \$ 4.000. Uno de los hijos A, recibió en vida, por *razón de legítima* 16.000. El padre dispone que la cuarta de mejoras pase al hijo B, y la de libre disposición a C.

El acervo imaginario son 20.000. Mitad legitimaria, 10.000. Para mejoras 5.000 y los otros 5.000 para libre disposición. Tocan a cada uno 3.333,33. A tendrá que entregarle a sus hermanos 2.666,66, porque en los 16.000 están los 10.000 de las cuartas y su legítima. En cuanto a devolver los 5000 a B por 4ª de mejoras y los 5.000 a C por 4ª de libre disposición, está obligado, porque eso

se le dio *en razón de legítima*, lo cual ya se ve cuál es y que en ella no deben entrar los 10.000 de la cuartas.

En el caso de que el padre antes de morir haya donado a A lo mismo que en el supuesto anterior pero *sin dar la razón*, todo se hará idénticamente hasta llegar a la entrega de las cuartas que el testador dejó a los hermanos de A. La razón? Porque con respecto a esas cuartas, el testador dispuso de lo que no tenía, por haberse donado a su hijo, *pudiendo donárselo*. La parte para completar las legítimas, si las tiene para devolver, porque lo que sucede es que, retrotrayendo las cosas, el padre no pudo donarle lo que *debía* a los otros por razón de legítimas. Se dirá, acaso, como objeción, que el padre pudo también donarle *en razón de legítima* al hijo que, en el caso anterior, tuvo que resolver. No. Si le donó *en razón de legítima* y luego de cubierta ésta sobra dinero, tiene que devolverlo a sus hermanos a quienes se asignaron las cuartas, porque ya la *razón de legítima* está llenada. En resumen: si se dona *en razón de legítima*, hay que devolver las cuartas cuando por testamento se dan a otros, porque ya la razón está llenada. Si se dona sin razón ninguna, el donatario no devuelve esas cuartas, porque el testador dispuso de lo que no tenía. Esta última tesis la confirma el espíritu del Art. 1262, porque si una promesa autoriza al legitimario para reservarse la cuarta, una donación, que es más que promesa, como pudo hacerse y se hizo por razón desconocida, lo debe autorizar con mayor fuerza, pues aquí no limita en su contra el motivo de haberse dado *a título de legítima*, una cuarta que no es para legítimas.

Por esta razón decíamos que «el Art. 1256» PUEDE hacer cambiar el camino de las legítimas, cuestión delicadísima y en la cual sólo anotamos una opinión, no una doctrina definida.

Art. 1244 y 1245. La parte mecánica de estos artículos no ofrece dificultad dada la claridad de su redacción. No obstante, veamos como es cierto que el C. C. nuestro presenta oscuridades cuando se está en la creencia de hallarnos a pleno sol.

No ocurre en el primero: Acervo líquido 2.400. Donaciones a extraños, 1.200 pesos. Acervo imaginario 3.600 pesos. Cuarta parte 900 pesos. Hay, pues, un exceso de 3.000 pesos. Este exceso se agrega al acervo líquido y quedan: 2.700. Sobre este nuevo acervo imaginario se computan las legítimas que se dan de él; las otras dos partes son cada una de 6.750 pesos. Como sumamos 13.50 (para legítimas) y 675 (cuarta de mejoras) caben en el acervo líquido, nadie se perjudicó.

Si en el segundo: Hay 4.000 de acervo líquido y 20.000 de donaciones a extraños en distintos años de a 6.000, 4.000 y 8.000 pesos. Hechas las cuentas dá un exceso de 14.000 pesos, esto es, un acervo imaginario de 18.000 pesos. Mitad legítimas 9.000 y 4.500 de mejoras. De modo que esos trece mil deben quitarse primero los 8.000, luego los 4.000 y el resto a quien recibió 6.000.

Esta doble acumulación hecha aquí es discutida, y se dice que debe obrarse así: 4.000 acervo líquido, 20.000 de donaciones, suman 24.000 de acervo. Legítimas 12.000 y cuarta de mejoras 6.000. Como de libre disposición hay sólo 6.000 resulta un exceso de 14.000 que es el que se debe sacar de las donaciones en orden in-

verso al de sus fechas. Este sistema tan sencillo, vuelve el patrimonio a lo que era antes y por eso es el racional y justo. El otro, sobre ser alambicado, es arbitrario, o mejor, empírico.

La insolvencia de un donatario no gravará a los otros: el objeto de estos artículos es corregir el fraude que pretenda hacer el testador favoreciendo a otros en perjuicio de aquellos a cuyo favor está obligado a testar so pena de que si no lo hace la ley suple su olvido, error o malicia; pero en modo alguno perjudicar en sus *propios* intereses a los donatarios y esto sucedería si tuvieran que responder con sus bienes por el insolvente.

1245 a 1264. La Filosofía de estos artículos ya está contenida en nuestro trabajo; todo su estudio se reduciría a la parte mecánica, lo que no tiene interés original; y si es cierto que se pueden descubrir y estudiar algunas relaciones, con ello no haríamos obra personal, pues carecemos de muchas nociones del libro 4° (Arts. 1256 y 1262) necesarias para ello, etc., etc.

Por estas razones y porque en el curso de este estudio hemos comentado ligeramente algunos de ellos (Arts. 1261, 1256, 1257, 1258, 1262), y porque creemos haber tratado lo más esencial sobre «ASIGNACIONES FORZOSAS», ponemos punto final a nuestro trabajo que algún día continuaremos y explanaremos, ya que su tema es uno de los más trascendentales del Derecho Civil.

Eduardo Fernández Botero

(Primer premio en las Monografías de 1927).

Medellín, Spbre. 10 de 1927.

BIBLIOGRAFIA

- Balmes.—Filosofía Elemental.
 Baudry-Lacantinerie.—Derecho Civil.
 C. C. Colombiano.
 C. C. Español.
 Fernández Eduardo.—Breve ensayo sobre el derecho de testar.
 Ginebra.—Elementos de Filosofía. (Tomo III).
 González Valencia José María.—Comentarios al C. C. Colombiano. (Conferencias).
 Cuq Edouard.—Manuel des Institutions Juridiques des Romains.
 Scévola.—Código Civil.
 Sierra Manuel J.—Filosofía del Derecho.—(Conferencias inéditas).
 Tobar Francisco.—Notas al C. C. Colombiano. (Apuntes de Clase).
 Trujillo Arroyo.—Hermenéutica Jurídica (Conferencia).
 Vélez Fernando.—Derecho Civil Colombiano. (Tomos I, IV y V).

Presentada el 12 de Septiembre.