

ESTUDIOS DE DERECHO

Revista mensual del Centro Jurídico.

Director: SAMUEL ESCOBAR

Redactor: MANUEL M. CHAVARRIAGA

UNA INTERPRETACION

ERRONEA

(ART. 254 DE LA LEY 105 DE 1890)

En muchas sucesiones ocurre el caso de que los acreedores del finado se presentan el día de los inventarios a pedir que se inventaríen sus créditos. También ocurre con frecuencia, que los herederos, ya sea por mala fe, ya por ignorar la existencia del crédito, lo desconocen. Pero ocurre algo más grave, y es la incomprensión de algunos jueces al apreciar lo que debe entenderse por mérito ejecutivo de un documento. Conspiran así contra los acreedores, la ignorancia o mala fe de los herederos, y el criterio extraviado de los jueces.

* *
*

Dice el Art. 254 de la Ley 105 de 1890: «Los acreedores en un juicio de sucesión tienen derecho de concurrir a la formación de los inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión, *cuando presenten título de su crédito*, o cuando los herederos tengan noticia de éste y no lo objetaren.

«Al efecto de que el partidor cumpla lo que previene el artículo 1393 del Código Civil, se mencio-

narán en los inventarios los créditos a cargo de la mortuoria, pero únicamente aquellos respectó de los cuales ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que todos los coasignatarios reconozcan la legitimidad del crédito; o

2.º *Que el título que presente cada acreedor sea uno de los que la Ley requiere para dictar mandamiento de ejecución».*

Refiriéndonos únicamente a los documentos privados, supongamos el caso de que un acreedor presente el día de los inventarios un documento de esa naturaleza. Si los herederos, por mala fe, o por ignorar la existencia del crédito, le desconocen su autenticidad, el juez debe entrar a estudiar si el documento presta mérito ejecutivo. Hé aquí el punto en que encalla el criterio de algunos jueces.

* * *

Dice el Art. 691 del C. J.: «Los pagarés, recibos o vales simples, las obligaciones u otros documentos privados de esta clase, tienen la fuerza de una confesión judicial acerca de su contenido, *siempre que sean reconocidos, ante el juez competente, por el que los firmó.* Y el Art. 702, ibidem, reza así: «Un documento privado de obligación, *no reconocido judicialmente*, sólo tiene la fuerza de una información sumaria de testigos».

Acorde con estos textos legales es el Art. 46 de la Ley 40 de 1907, que dice: «Traen aparejada ejecución los actos judiciales y los documentos siguientes:

.....5.º Los pagarés o vales simples, y, en general, *los documentos privados reconocidos por el deudor en la forma legal, o debidamente registrados».*

Estas disposiciones, según las cuales no presta mérito ejecutivo el documento privado que no ha sido reconocido por el deudor, no son aplicables a los documentos privados que presenten los acreedores del finado al tiempo de practicarse los inventarios. Para interpretar rectamente la ley, es necesario

adaptar la razón a las circunstancias de cada caso. Es absurdo sostener que para inventariar un crédito, se necesita que el documento en que consta haya sido reconocido por el finado. Si éste no lo reconoció en vida, por no haber llegado la oportunidad de exigírselo, después de muerto será necesario llamarle al reconocimiento por arte de espiritismo. Y también es absurdo pretender que el acreedor se presente con el documento ya reconocido por los testigos. La ley entiende por documento que presta mérito ejecutivo, para los efectos del Art. 254 de la Ley 105 de 1890, el documento que reúne todas las condiciones de forma: contexto del contrato, firma del deudor, firmas de los testigos, si los hubo, papel sellado y estampillas.

Si el documento fué otorgado ante testigos, y los herederos le desconocen su autenticidad durante el traslado de inventarios, el acreedor puede llamar a los testigos, dentro del término probatorio de la articulación que al efecto se ventile, con fundamento en el Art. 703 del C. J. que reza así: «Cuando los documentos expresados en el artículo anterior (los documentos privados) estén autorizados por dos testigos, si éstos declararen en la forma ordinaria, que vieron firmar a la persona contra quien se aduce el documento, o que ella les pidió que lo firmaran como testigos, habiendo visto al tiempo de hacerlo la firma de la parte, harán plena prueba sobre su contenido».

Si el documento no fué otorgado ante testigos, y los herederos le desconocen su mérito legal, se ventilará una articulación, en la cual toca al acreedor probar la legitimidad del documento. Pero, en cualquiera de las dos hipótesis, debe inventariarse el crédito. Si así no se entendieran las cosas, los acreedores hereditarios pudieran verse en apuros para hacer efectivos sus créditos. Bastaría que los herederos los desconocieran, para evitar su inclusión en los inventarios, obligando así a los acreedores a

promover un juicio largo y dispendioso.

En resumen: los créditos constantes en documentos privados que reúnan todas las condiciones externas—y a los cuales sólo falte la formalidad del reconocimiento—deben ser inventariados, a pesar de la oposición de los herederos. La admisión de esos créditos, que sólo es transitoria, puede ser objetada por los herederos, durante el traslado de inventarios. En tal caso, se ventilará una articulación. (Art. 253 de la Ley 105 de 1890). El fallo que decida la articulación, puede ser revisado en juicio ordinario. (Art. 831 del C. J.).

Medellín, Octubre de 1922.

ALFONSO URIBE M.



Dr. Bernardo Toro

(quien presentará su examen de grado el 23 de los corrientes.)

Este distinguido amigo nuestro, ex-Vicepresidente del Centro Jurídico, acaba de coronar su carrera de Abogado.

Su trabajo jurídico sobre Hipoteca, que publicamos en el presente número de la Revista, está, al decir de su Presidente de Tesis, "*elaborado concisa y metódicamente,*" a la vez que pone al expositor en condiciones de hombre intelectual y erudito.

Lejos de buscar odiosas granjerías, el Dr. Toro se ha distinguido por su entereza de carácter, su absoluta independencia, su consagración al estudio del Derecho y su resolución inquebrantable de trabajar porque la profesión antes que vivir unida a la política y servir de pingües especulaciones, se enaltezca y conserve el decoro que se merece. Su pensamiento está siempre fijo en la defensa de los intereses de la verdad y la justicia.

Que así, luciendo la toga honrosa del Doctorado, continúe con ese espíritu libre de prejuicios y prospere en las ideas del pensamiento científico.

M. M. CH.

BERNARDO TORO

Algo sobre
LA HIPOTECA

TESIS

PARA OBTENER EL
TITULO DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



Informe del Presidente de Tesis.

Señor Rector de la Escuela de Derecho.

Pte.

Por haberme hecho el honor de nombrarme Presidente de Tesis el Señor Bernardo Toro, he hecho un estudio detenido del trabajo que él presenta con el título de "Algo sobre hipoteca". Ese trabajo estudia algunas faces de las múltiples que presenta el contrato accesorio de Hipoteca y está elaborado concisa y metódicamente y con la convicción que da el estudio atento de las disposiciones legales pertinentes comparado con la interpretación que a ellas ha dado nuestra más alta Corte de Justicia.

Estimo, pues, que debe aprobarse la Tesis del señor Toro, al cual doy un voto de aplauso por el mencionado trabajo

Medellín, Octubre 30 de 1.922.

CLIMACO A. PALAU

Profesor de la Escuela de Derecho



HIPOTECA

El Artº. 2432 de nuestro Código Civil, da la siguiente definición:

«La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.»

Es la *hipoteca* una caución, una seguridad que el deudor constituye para garantía de su acreedor. Es un verdadero contrato, porque éste, según el Artº. 1495, *es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.*

Desde luégo se comprende que es un contrato accesorio, porque éste, según el Artº. 1499 es el que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal; de manera que no pueda subsistir sin ella.

Estas condiciones las reúne el contrato de hipoteca

Es también un contrato unilateral puesto que el acreedor no contrae obligación alguna. Se requiere su consentimiento, su aceptación, pero esta condición es necesaria para todos los contratos.

Es contrato unilateral, puesto que el acreedor hipotecario no adquiere jurídicamente este nombre, sino cuando ha cumplido el contrato principal por su parte; no cumpliendo, de hecho es nula la *hipoteca*, como sucedería si quien va a constituirse deudor, asegurando con *hipoteca*, constituye ésta en la creencia, de que una vez constituida se, le entregará el dinero, objeto del mutuo, o la cosa, materia de la venta, y la parte contratada no cumple; no existiendo la obligación principal, desaparece la accesorio, la *hipoteca*; y de una manera legal, a pesar de otorgada la escritura de hipoteca, no ha tenido vida jurídica el contrato unilateral.

El Dr Fernando Vélez dice de contrato de *hipoteca*:

Por su naturaleza es gratuito pero no vemos inconveniente en que el tercero que grave un inmueble para seguridad de deuda ajena. (Artº. 2439, inciso 2º.) convenga con el deudor en alguna remuneración por el servicio que le presta.

El contrato de HIPOTECA es gratuito, porque sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes.

En cuanto el párrafo anterior del Dr. Vélez, cabe considerar que en tal caso existen tres contratos:

1º El contrato ACCESORIO, dependiente del principal que se celebra entre quien tomará el carácter de acreedor y el que se constituirá deudor, según el cual éste se obliga a que un tercero garantizará el cumplimiento de su obligación con una HIPOTECA. Hablo en estos términos, porque en un caso

semejante, mientras no se cumpla el contrato accesorio, no se cumplirá el principal; no nacen, hasta tanto, las condiciones jurídicas de acreedor y deudor; porque, en un contrato de mutuo con HIPOTECA, por ejemplo, si la parte que recibe el dinero, objeto del mutuo, no otorga la HIPOTECA, puede la contraria pedir la resolución del contrato.

Bien claro es le Art.º 1546:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

2.º El contrato celebrado entre el deudor y el tercero, para que este constituya la HIPOTECA, en favor del acreedor. Este contrato, será también gratuito por su naturaleza, de manera que no puede el tercero, si nada se ha estipulado, cobrar ninguna cantidad por el servicio que presta, por más importante que él sea.

Ahora, en caso de estipularse una remuneración, este contrato sería conmutativo o aleatorio?

A primera vista podría considerarse como aleatorio diciéndose que existía «una contingencia incierta» de pérdida o ganancia» pues si el deudor cumple su obligación, el tercero que constituyó la Hipoteca, sale ganando su remuneración; y en el caso contrario, como tiene que cubrir la deuda, sale perdiendo pues tendría que soportar la acción real; la personal, sólo en caso de previa estipulación.

La expresión «Contingencia incierta», no es correcta; es un pleonismo; con una sola de tales palabras basta.

Art.º 2454 del C. Civil:

El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado.

Sea que se haya obligado personalmente, o nó, se le aplicará la regla del artículo precedente.

La fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca.

La fianza hipotecaria está sujeta en cuanto a la acción personal a las reglas de la simple fianza.

Pero se replica que el tercero perjudicado, tendría contra el deudor acción para que lo indemnizara, en los mismos términos que la tendría el fiador en los del Art.º 2395:

El fiador tendrá acción contra el deudor principal, para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor.

Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales

Pero no podrá pedirle reembolso de gastos inconsiderados, ni de los que haya sufrido antes de notificar al deudor principal la demanda intentada. Contra dicho fiador.

La acción del tercero contra el deudor, sería en término

generales la personal; tendría la real en caso de que el deudor hubiera constituido a su vez hipoteca o prenda en favor del tercero, para garantizarle los riesgos que corre al asegurar su deuda con hipoteca. Esto en caso de que teniendo el deudor bienes inmuebles, no aceptase el acreedor hipoteca sobre ellos, considerando más seguros los del tercero, y rechazando la hipoteca sobre los del deudor, por considerar insuficiente su valor; por su situación, gravámenes, etc. en cuyo caso constituyera el tercero la hipoteca aceptando para su seguridad la hipoteca que rechazó el acreedor sobre los bienes del deudor.

3.º El contrato celebrado entre el tercero y el acreedor, garantizándole con hipoteca, el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Contrato gratuito, porque sólo va en utilidad del acreedor, aceptando el tercero el gravamen.

La hipoteca es un contrato conmutativo. Para ver claramente esta condición de la hipoteca, es preciso fijarse en el contrato principal. Un mutuo, una compraventa, son esencialmente conmutativos; si accesorio a ellos va uno de hipoteca, éste también tiene el carácter de conmutativo. De no serlo habría que clasificarlo como aleatorio: éste lo dijimos ya, consiste en Una contingencia incierta de ganancia o pérdida; y, precisamente para no correr esta contingencia; para asegurar el cumplimiento de la obligación, se constituye la hipoteca; ésta entra a producir sus efectos si no se cumple la obligación principal. Su carácter conmutativo es tan real, que en caso de adelantarse ejecución sobre ella, verificado el remate, se cubre al acreedor; si el producto de tal remate excediere al valor del crédito, tal exceso,—cubiertos también los gastos, por supuesto—se le entrega al dueño del inmueble, a menos que haya tercerías; y caso de que faltare, queda a su cargo el déficit.

Y no obsta que pueda constituirse hipoteca para garantizar una cuota parte de la deuda, porque lo general es que se constituya para garantizar toda la deuda; y aun en el primer caso, es contrato conmutativo, en relación a la cuota parte que se garantiza.

(Art.º 2434). La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública.

Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede».

Art.º 2435 del C. Civil:

La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción.

Tenemos por consiguiente que el contrato de hipoteca es también solemne.

Tratándose de un asunto tan importante y de icado, como la constitución de un derecho real sobre inmuebles; de una limitación a la propiedad raíz, quiere la ley que para que el contrato se perfeccione, se otorgue y registre la escritura; para que el deudor e té informado del gravamen que pesa sobre su inmueble; para que el acreedor esté asegurado en su derecho, y no se le perjudique por medio de artimañas; y para que los terceros que traten con el deudor, en lo referente al predio hipotecado estén al corriente de la hipoteca constituida, y sepán sobre qué bases contratan.

Además, caso de una ejecución establecida por terceros, contra el deudor hipotecario, en la cual se hayan denunciado o presentando para el pago inmuebles hipotecados, garantizan los derechos del acreedor hipotecario los Arts. 239 y 240 de la Ley 15 de 189.

Dicen así:

«Art.º 239. Cuando en el juicio ejecutivo se embargue una finca raíz, esta obligado el ejecutante a presentar, dentro del término que el Juez de la causa le señale, un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que acredite la libertad de la finca o los gravámenes que tenga».

«Art.º 240.—Si el certificado resultare que la finca está gravada, el Juez ordenará de oficio que se cite personalmente a los acreedores que tengan constituida hipoteca en dicha finca, emplazándolos, para que dentro de un término que prudencialmente fije, comparezcan a hacer uso de su derecho de tercería».

La hipoteca es un derecho en la cosa, y no a la cosa; es *jus un in re*. Por tanto, el acreedor hipotecario, en caso de que su deudor no le cumpla, puede ejecutarlo, para que con el valor del inmueble, hipotecado, que deberá venderse en pública subasta, se le cubra el crédito; no puede pedir que se le adjudique el inmueble; es un derecho análogo al que establece el Art.º 2422 en favor del acreedor prendario, cuando el deudor se ha constituido en mora. Claro está que puede rematar por cuenta del crédito.

Por las razones expuestas en el párrafo anterior no puede entablar el acreedor hipotecario, con tal título, tercería excluyente, sino coadyuvante. (Arts. 215 y 217 de la Ley 105 de 1890).

Por volvamos al Art.º 2434. Vimos que según el inciso segundo de dicho Art.º podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede.

Ahora cabe preguntar: Si se verifica un contrato de mutuo o préstamo de consumo, según los Arts. 2221, 2222 y de

más pertinentes del C. Civil, y el deudor, para garantizar el pago del capital con los intereses, constituye en calidad de hipoteca, una casa, en la misma escritura en que se constituyó el mutuo, será necesario hacer dos registros; uno respecto al mutuo en el «Libro de Registro N.º 2.º» y otros respecto al contrato accesorio, en el «Libro de anotación de hipotecas» o bastará con que se registre únicamente la escritura de hipoteca?

Esta última ha sido la opinión de la Corte Suprema de Justicia, fundándose para ello en poderosas razones.

Veamos la Jurisprudencia de la Corte;

«228. El registro de la hipoteca es la anotación de ella en el Libro de hipotecas.

La escritura hipotecaria queda pues registrada por el sólo hecho de anotarse en el Libro de hipotecas.

Pare e que del Art. 2668 resultara un argumento decisivo para sostener que en la constitución de un mutuo con hipoteca, debe verificarse el registro en el libro 2.º y en el de Anotación de hipotecas. Pero es necesario notar la distinción que el Art.º citado establece al decir: «Todo título que verse sobre dos o más actos o contratos que por su naturaleza requieran el registro» etc. Por eso opinó la Corte Suprema lo contrario y en su Jurisprudencia (1886 a 1913), dice:

«3495.—La escritura en que se hace constar un contrato de mutuo con hipoteca queda registrada por el sólo hecho de la anotación en el Libro de hipotecas. No hay necesidad de hacerlo también en el Libro 2.º porque el contrato de mutuo no es de aquellos que por su naturaleza están sujetos a la formalidad de registro. (Casación, 26 Febrero 1891, IV. 356.º 2.ª Casación, Julio 17 de 1891, V.—204, 1.ª)

2315.—La disposición del Art. 2668 del C. Civil se refiere a aquellos actos que necesariamente requieren el registro por la naturaleza de ellos, como la enajenación de bienes inmuebles, la partición de los mismos, los testamentos, la hipoteca, la interdicción judicial, etc. y no se refiere a aquellos que se registran accidentalmente, no por su naturaleza intrínseca, sino por la forma en que se otorgan. No basta que los actos o contratos sean de diversa especie para que deban registrarse en libros diferentes, es necesario que la naturaleza de ellos exija el registro de ellos en distintos libros.

En una ejecución, promovida por el Dr. Vicente M. Azula, contra Vicente Rico Rojas y Ramón Ruiz Quintero, en la cual se utilizó como instrumento ejecutivo una escritura, no inscrita en el Libro de Registro N.º 2.º, los ejecutados propusieron varias excepciones, entre ellas la de nulidad del instrumento ejecutivo; ésta se declaró probada, y

la sentencia fué confirmada por el Tribunal de Tunja; se interpuso por el señor Hermógenes Azula, como heredero de ejecutante, recurso de casación, y en sentencia definitiva, de 26 de Febrero de 1890, publicada en el N.º 196 de la Gaceta Judicial, la Corte revocó la sentencia.

Copiamos la parte principal de su razonamiento;

«... ..El punto controvertido es en substancia: un instrumento público que contiene un contrato de mutuo y la constitución de una hipoteca para seguridad de los derechos del mutuante, debe registrarse para que sea eficaz en el Libro 2.º de registro, por lo que hace al contrato de mutuo?»

El Tribunal Tunja, fundándose en el Art. 5759 del C. Civil del extinguido Estado de Boyacá, igual en el fondo al 2268 del Código Nacional vigente, ha resuelto que «un instrumento semejante debe registrarse, so pena de nulidad, tanto en el Libro 3.º por lo relativo a la hipoteca, como en el libro 2.º por lo que se refiere al contrato de mutuo»

La disposición citada dice así:

“Art. 2668—Todo título que verse sobre dos o más actos o contratos que por su naturaleza requieran el registro en diferentes libros, será registrado en cada uno de tales libros en lo que concierne al respectivo acto o contrato. Si, por ejemplo, el título es relativo a la enajenación de un inmueble y a la constitución de una hipoteca, en lo que concierna a la enajenación del inmueble, se inscribirá en el libro 1.º de registro, y en el libro de anotación de hipotecas, en lo concerniente a la constitución de la hipoteca”.

Resulta de la letra de esta disposición que para que haya necesidad de inscribir el instrumento en dos o más libros, no basta que haya dos actos o contratos; es necesario, además que la naturaleza de esos mismos actos o contratos, requiera el registro en diferentes libros.

Ahora bien: el contrato de mutuo no es de aquellos que por su naturaleza están sujetos al registro, porque ni en el Art. 2652 del C. Civil Nacional, equivalente al 2736 del boyacense, ni en ninguna otra parte del Código se encuentra la prescripción de que este contrato requiera esa formalidad para su perfección. Al contrario, es de los que se consuman por la mera entrega o tradición, sin solemnidad especial. No sucede así con otros contratos o actos como la tradición del dominio de inmuebles, la partición de los mismos, los testamentos, la constitución de servidumbres prediales, los títulos de minas y otros, que necesariamente deben registrarse. Los contratos de mutuo, comodato, arrendamiento y otros muchos, no están sometidos para su validez a esta formalidad. Pueden otorgarse de palabra o por escrito, según su cuantía, y hacerse efectivo sin que haya título registrado.

Si pues a uno de estos contratos accede hipoteca, basta que el título se registre en el Libro de anotación de hipotecas

porque el contrato a que accede la hipoteca no requiere por su naturaleza inscripción en Libro distinto.

Si el texto de ley que se interpreta hubiera de entenderse en el sentido en que lo ha aplicado el Tribunal de segunda instancia, no se comprende por qué motivo el Código al determinar el modo de hacer el registro de la hipoteca, dijo en el Art. 2263, que el registro o anotación de una hipoteca debería contener entre otras cosas:

3.º «La fecha y naturaleza del contrato que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentre, y lo que es más significativo:

Si la hipoteca se ha constituido por acto separado del contrato a que accede la misma hipoteca, se expresará también la fecha del contrato y el archivo en que exista el comprobante de dicho contrato».

Si la doctrina de la sentencia en cuestión fuera exigible, el Código, en vez de ordenar lo que acaba de expresarse, habría dispuesto que cuando en el título de hipoteca sea determinado el contrato principal, debía citarse el registro de éste en el libro correspondiente, en vez de inscribir ese mismo contrato con la hipoteca.

Nótese, además, que en el sistema de registro adoptado por el Código, se excluye la repetición del contenido del contrato en dos o más libros de una misma oficina. Si pues en la anotación o registro de la hipoteca debe determinarse el contrato a que accede, cuando consta en el mismo título, es claro que no hay necesidad de repetir ese registro en libro distinto, a no ser que el contrato lo requiera por su naturaleza.

Ni es admisible tampoco el argumento de que el contrato de mutuo a que la hipoteca accede, debe registrarse en el Libro 2.º, porque se encuentra en el caso 12.º del Art. 2736 del Código Civil de Boyacá, igual al 1652 del Nacional, supuesto que se trata de un documento otorgado ante Notario, porque, como ya se han visto, le documento queda registrado en el Libro 3.º, con lo cual se cumple la exigencia de la ley; y porque, si semejante razonamiento fuera conforme con el querer del Legislador, había que llegar a esta conclusión: todo documento que pase ante Notario tiene necesariamente que inscribirse en el Libro 2.º, bien sea que contenga uno o más actos o contratos, no precisamente por la naturaleza de estos sino por ser escritura pública, y bien se ve que esto no se compadece con la organización del registro ni con la división de libros, según la materia o naturaleza de los instrumentos.

El contrato de mutuo se inscribe en el Libro 2.º cuando se hace constar en escritura pública que lo contenga sólo en los demás casos no es necesario,

De dar cabida a doctrina que se combate, habría que con-

cluir también que un instrumento, relativo a la simple enajenación de un inmueble, habría que registrarlo en el Libro N° 1° por el traspaso del dominio, y en el segundo por ser documento otorgado ante Notario, lo que es evidentemente insostenible”.

El mismo punto fue tratado por la Corte en sentencia de 17 de Julio de 1890, en recurso de casación interpuesto por Francisco Duarte, respecto a una tercera coadyuvante que éste introdujo en ejecución establecida por Dolores Santos contra Rafael Santos, ante el Juez del Circuito del Socorro quien falló en favor del tercerista; el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Sur en el Departamento de Santander, dictó sentencia revocando la de primera instancia, pero ésta fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Tal sentencia está publicada en el Nro. 234 de la “Gaceta Judicial”.

He creído que se necesita el registro del título en el Libro 2° y en el de registro de Hipotecas, cuando se trata de la constitución de un mutuo con hipoteca.

El argumento presentado por la Corte, y que acabamos de ver, cual es el de que de aceptar tal doctrina habría que admitir que un contrato relativo a la simple enajenación habría que registrarlo en el Libro N° 1° por el traspaso del dominio y en el Libro 2° por ser documento otorgado ante Notario, aparentemente tiene mucha fuerza, pero es de considerar que en este caso se trata de un solo contrato, mientras que en el otro hay dos contratos: el principal, que es el mutuo, y el accesorio que es la hipoteca; que en este caso no es absurdo y en el otro sí, sostener que se necesitan dos registros.

Además, qué razón filosófica, qué motivo jurídico hay para que el contrato de mutuo si se hace constar sólo por escritura haya que registrarlo en el Libro 2°, y si se agrega hipoteca, no?

El contrato de mutuo que consta por escritura, no cambia en lo más mínimo porque se haga constar allí una hipoteca. Su esencia es la misma, su naturaleza es la misma y según lo que dice la Corte Suprema de Justicia, se opera un cambio, una mutación, sin saberse por qué, y en la ciencia del Derecho todo debe tener sus razones, su fundamento filosófico.

En todo caso es más prudente, considero, la inscripción en dos libros.

Dice el al Art. 2653 del Código Civil:

El Registro o Incripción de los títulos traslativos del dominio de bienes raíces, de los constitutivos de hipoteca y demás relativos a inmuebles, expresados en el anterior artículo, se verificará en la oficina de registro del lugar en que el inmueble está situado, y si la situación del inmueble se extendiere a más de un Circuito de registro, se verificará la inscripción en las Oficinas de los Circuitos a que se extien-

de el inmueble.

Si el título fuere relativo a dos o más inmuebles, situado cada uno en diferente Circuito, deberá registrarse en cada una de las Oficinas del Circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles.

Respecto a esto dice la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

1826.—Los títulos constitutivos de hipoteca son los que deben registrarse en el lugar de la publicación de las fincas hipotecadas no las transmisiones de ese gravamen, si con ellas no se modifica la hipoteca constituida. Por tanto, si las partes convienen en hacer cesión de un crédito hipotecario por medio de escritura pública, el registro no es necesario hacerlo en el lugar de la ubicación de la finca. (Casación, Julio 17.—1890.—V.—203.—2°.—)

1827.—Con la cesión de un crédito garantizado con hipoteca, no se modifica en nada la hipoteca constituida. (Casación.— Julio 17.—1890.—V.—205.—2°.—)

Ello se debe a que el Art. 2653, ya citado, se refiere a los *Traslaticios del dominio de bienes raíces* y *“a los constitutivos de hipoteca y demás títulos relativos a inmuebles”*, pero no se refiere a las transmisiones de tales títulos; además, por la cesión, se enajena la acción principal, cosa mueble y el título no debe por consiguiente, registrarse sino en el lugar en donde se celebra el contrato.

Al recibir el título del crédito, el cesionario entra en el goce de las fianzas, privilegios e hipotecas que lo aseguran.

El Art. 1964 dice:

“La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”. (Vease la sentencia citada, publicada en el Nro. 234 de la Gaceta Judicial.)

Dice el Art. 2445:

“La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles, según el Art. 656; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada”

En primer lugar nótese la mala redacción visible al principio del artículo. *“La hipoteca constituida sobre bienes raíces”* Da a entender que puede constituirse sobre otros que no son raíces. Debería haberse dicho: La hipoteca afecta los muebles que se reputan inmuebles por accesión al bien hipotecado, etc.

Es cierto que puede constituirse la hipoteca sobre navas, pero en tal caso no se relaciona con el asunto en cuestión.

Ahora bien: según el segundo inciso del artículo 2445, es evidente que si el dueño de un inmueble gravado con hipoteca, le introduce mejoras como baños, pisos, techos, etc,

la hipoteca se extiende a ellos. Pero, si la mejora consiste en una nueva extensión de terreno, adyacente, se extenderá a dicho terreno la hipoteca. Desde luego es necesario admitir que es una mejora; porque si el dueño de un inmueble que mide cincuenta metros, compra dos metros más, adyacentes al predio citado, éste se mejora, y según el inciso dicho a estos dos metros se hace extensiva la hipoteca, porque dice categoricamente: «La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras», etc. Al decir *todos*, el legislador quiso no excluir ninguno; al decir *todos*, el legislador quiso evitar litigios sobre este punto,

La Corte Suprema de Justicia ha opinado lo contrario. Veamos su jurisprudencia.

1103 —La hipoteca no se extiende a los lotes o terrenos adyacentes adquiridos posteriormente por el dueño de la finca gravada. Por tanto, en caso de que hayan sido embargados an la ejecución hipotecaria, ellos pueden ser desembargados e petición del interesado —(Casación, 30 Abril, 1915.—XXV —14.— 2º.—).

Esta doctrina va directamente contra la letra del Artº. 2445. En cambio interpreta su espíritu. Es indudable que el Legislador, al hablar de «todas las mejoras y aumentos» se refería a las verificadas dentro del inmueble hipotecado. De lo contrario tendríamos que si el dueño de un predio de mil metros lo hipoteca, y después adquiere otro predio adyacente, de diez mil metros de extensión, quedaría incluido también en la hipoteca, lo cual perjudicaría notoriamente a los demás acreedores; y presentaría también obstáculos serios para constituir el adquirente del nuevo predio, hipoteca sobre él, pues se consideraría hipotecado al adquirirlo. Es claro el asunto y no entro en más divagaciones

INDIVISIBILIDAD

Dice el Artº. 2433:

“La hipoteca es *indivisible*”.

En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas, son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.

Esta condición de ser indivisible la hipoteca, establece un derecho y constituye una garantía para el acreedor, quien tiene derecho a dirigir su acción contra todos los inmuebles hipotecados, aun que uno solo de ellos sea suficiente para el pago; y aunque ejerciendo su derecho en tal forma se perjudiquen acreedores hi-

potecarios cuyos derechos nacieron con posterioridad al suyo.

Por ejemplo, si un individuo adquiere una hipoteca sobre tres fincas diversas, cada una de las cuales vale cinco mil pesos, suma ésta suficiente para cubrir la deuda, intereses y gastos de la ejecución; y si después de constituida esta hipoteca se constituyó otra, sobre una de tales fincas, a favor de un tercero, no puede éste pedir al primero que dirija su acción contra las dos fincas restantes, alegando que son más que suficientes para cubrir su crédito, y que lo perjudica dirigiendo su acción contra las tres; a todo esto, el primer acreedor hipotecario podría replicar que la hipoteca es indivisible.

Si la hipoteca es una limitación a la propiedad, valdrá la hipoteca de cosa ajena?

Podría creerse que sí, pues la venta es la transmisión absoluta de la propiedad, y conforme al Derecho Civil Colombiano, la venta de cosa ajena vale. Según esto, con mayor razón, debería de valer la hipoteca de cosa ajena.

No obstante, no vale; ello se debe a que, según la definición de *hipoteca*, es un derecho constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

No adquiriendo el acreedor la posesión del inmueble, tampoco podrá verificarse en su favor la prescripción.

Además, según el Artº. 2439, *no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación.*

Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño si éste no se ha sometido expresamente.

Y, por último, como argumento concluyente, citamos el Artº. 2443, que dice:

La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves. (Inciso 1º.).

Claro y concluyente es el requisito señalado: “se necesita que el inmueble se posea *en propiedad*”.

En cambio, el Artº. 1849, dice:

La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero etc.

Nótese que no requiere este Art^o. que quien se obligue a dar la cosa, sea el dueño, el propietario de ella. Por consiguiente, si un individuo vende una cosa ajena, y después la adquiere, la compra al dueño anterior, la venta que hizo antes de adquirir la propiedad, es válida.

No sucede lo mismo con la hipoteca: si ésta se constituye por quien no tiene la propiedad, no se valida por el hecho de adquirir luego la propiedad el deudor hipotecario.

Una escritura de venta debe registrarse inmediatamente después de su otorgamiento, para no correr el peligro de que el vendedor, si es de mala fé, verifique una nueva venta cuya escritura se registre primero que la anterior, en cuyo caso la última es la que transfiere el dominio del inmueble. No obstante, en cualquier tiempo puede hacerse el registro. Dentro de los noventa días siguientes al otorgamiento de la escritura, pagando únicamente los derechos, y después de los noventa días, hay que pagar un cincuenta (50%) por ciento de recargo sobre de los derechos fiscales.

No sucede lo mismo con las escrituras de hipoteca.

Si no se hacen registrar dentro de los noventa días siguientes las otorgados en territorio Colombiano, y dentro de los ciento ochenta las otorgados en el Extranjero, no son válidas. [Ley 52 de 1904.—Art^o.—12].

La *hipoteca* tuvo su origen en el Derecho Romano. En él existían para seguridad de las deudas, el *pignus* y la *hipoteca*; el primero pasó a nuestro Derecho con el nombre de *prenda*.

La *prenda* es un derecho constituído sobre cosas muebles, que quedan en poder del acreedor, para garantía de su crédito.

La *hipoteca* y la *prenda* prestan grandes servicios; cada cual tiene sus ventajas y desventajas. La *prenda* presenta el inconveniente de tener que pasar el objeto

a poder del acreedor, perjudicando así al deudor quien, muchas veces sólo puede contar con los productos de ese objeto para el pago de su deuda, como sucedería con un individuo que no tuviese más que un caballo, y esperase pagar su deuda con los arrendamientos.

La *hipoteca* presenta el inconveniente de no poder constituirse sino sobre inmuebles.

Hacía falta una Ley que reuniese las ventajas de la *prenda* y las de la *hipoteca*.

La Ley "Sobre *prenda agraria*", de Noviembre de 1921, vino a llenar este vacío.

Según ella se puede—digámoslo así--hipotecar muebles. Fue inspirada en altos sentimientos de apoyo a la clase pobre, principalmente a los agricultores.

El contrato de *prenda agraria* puede constituirse por instrumento público o privado, y sólo producirá efectos, con relación a terceros, desde el día de su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, en los cuales se llevará al respecto un libro especial, llamado "Libro de registro de *prenda agraria*."

Cuando se constituye por instrumento privado, debe hacerse por duplicado.

Puede rezar: sobre máquinas en general, aperos e instrumentos de labranza; animales de cualquier especie y sus productos, así como las cosas muebles destinadas a la explotación rural; los frutos de cualquier naturaleza, sean pendientes, separados de la planta, etc., así como las maderas, producto de la minería y los de industria nacional.

Los Artículos 23, 24 y 25, establecen sanciones penales para el deudor que después de constituir *prenda agraria* sobre sus bienes, disponga de ellos.

La citada ley establece privilegios para el acreedor y derechos que lo ponen a cubierto de fraudes, y por consiguiente un individuo puede hoy dar dinero a interés, asegurado en muebles, con tantas garantías como si se tratara de una *hipoteca*.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

(En el concurso abierto por la Universidad de Antioquia con motivo del centenario de la misma, este trabajo obtuvo el primer premio).

Las capitulaciones matrimoniales son, según nuestro Código Civil, «las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro» (art. 1771).

Para que tengan valor ante la ley es necesario que se otorguen por escritura pública. Pero también se pueden otorgar mediante escritura privada cuando los bienes aportados juntamente por ambos esposos valgan menos de mil pesos y siempre que en dichas capitulaciones no se constituyan derechos reales sobre bienes raíces. (art. 1772).

Esta clase de estipulaciones son muy poco frecuentes entre nosotros, y de ellas apenas si se registra uno que otro caso aislado en los anales de nuestra jurisprudencia. Existiendo la costumbre de casarse sin hacer convenciones de ninguna clase antes del matrimonio, acogiéndose de esa manera en un todo, los contratantes, a los que sobre el régimen de la sociedad conyugal establecen nuestras leyes civiles.

Viendo las cosas por otro aspecto, es cierto también que el proyecto de celebrar capitulaciones matrimoniales manifestado por uno de los esposos, sobre todo por la mujer, puede ser motivo en determinados casos y merced a circunstancias sociales de cierta índole bastante a impedir, o desbaratar, como se dice comunmente, el proyectado matrimonio de los esposos. Es esta a nuestro modo de ver la principal causa de la poca frecuencia entre nosotros, de esta clase de contratos o estipulaciones anteriores al matrimonio.

Sin embargo si se reflexionará un poco más sobre la gravedad, importancia y trascendencia de este contrato; si se meditará siquiera un poco sobre las consecuencias en veces desastrosas y hasta cierto punto inevitables, que suelen sobrevenir en buen número de los matrimonios que entre nosotros se celebran, las que son sufridas únicamente por la mujer, esta clase de convenciones dejarían de ser menos frecuentes de lo que son y vendrían a ocupar con el tiempo, el lugar que les corresponde entre las costumbres sociales.

Cuando los esposos no celebran capitulaciones la ley suplirá esa omisión suya y se encarga de ordenar y de reglamentar todo lo relativo a la administración de los bienes de la sociedad conyugal, la cual se considera constituida por el sólo hecho del matrimonio: (art. 1774)

Veamos aunque sea de paso y superficialmente la manera como la ley ordena la sociedad conyugal, o sobre todo aquellas disposiciones con las cuales se perjudica notablemente la mujer, dado caso que el hombre que le cupo en suerte no sea un modelo excepcional de maridos; pues como tendremos ocasión de demostrarlo no es necesario que el marido sea un disipador para que se arruine la sociedad conyugal; basta que sea un mal negociante. En esto estriba precisamente la importancia de las capitulaciones matrimoniales por cuyo medio la mujer se puede emancipar económicamente del marido.

En primer lugar, ésta pierde su personería al entrar a formar parte de la sociedad conyugal, y de persona enteramente capaz que era antes del matrimonio (si acaso era mayor de edad), una vez que contrae éste se torna en persona relativamente incapaz (art. 1504) y pasa a ser representada en todos sus actos por el marido (art. 182).

El marido de acuerdo con el art. 1805 es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer.

El haber de la sociedad conyugal, o bienes sociales, se compone según el art. 1781:

1º. De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio.
2º. De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio.

3º. Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.

4º. De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiere: quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.

Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio.

5º. De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso.

6.º De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

Se expresará así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, designándose el valor, y se procederá en lo demás como en el contrato de venta de bienes raíces.

Si se estipula que el cuerpo cierto que la mujer aporta, puede restituirse en dinero a elección de la misma mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas».

Aunque en este último numeral no se diga con la claridad que fuera de desearse, lo cierto es que, los bienes raíces propios de la mujer únicamente mediante capitulaciones matrimoniales pueden entrar a formar parte del haber social, pues la mujer casada no tiene capacidad legal para contratar y mucho menos si se considera este contrato como una venta de bienes raíces, la cual es nula entre cónyuges no divorciados (Art. 1852). En este caso aunque la venta se haría propiamente a la sociedad conyugal, podría aplicarse también este principio, tanto más cuanto que los bienes sociales y los del marido se confunden respecto de terceros acreedores. De modo, pues, que la mujer no puede aportar a la sociedad bienes raíces después de celebrado el matrimonio aunque parece dar motivo la parte del numeral en que se dice: «se expresará así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte» para suponerlo así.

El instrumento público de que se habla no puede ser otro en nuestro concepto que las mismas capitulaciones, pues de acuerdo con el Art. 1.779, «no se admitirán en juicio escrituras que alteren o adicione las capitulaciones matrimoniales, a no ser que se hayan otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas».

Este artículo equivaldría perfectamente a otro que dijese, que no se admitirían en juicio otras escrituras distintas de las capitulaciones matrimoniales, pues la excepción que a primera vista aparece no es tal, porque qué otra cosa puede ser un instrumento otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas, sino unas verdaderas capitulaciones matrimoniales....?

Luègo tendremos ocasión de decir algo acerca de las restituciones y compensaciones de que se habla en el Art. 1.781 que comentamos, y en otros del Código. Al transcribirlo fue nuestra intención únicamente la de hacer ver en qué consistían los bienes sociales.

Quién administra tales bienes?

De acuerdo con el Art. 1.805 «el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer» y según el Art. 1.806, es «respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad, los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales», de lo cual se deduce lógicamente el que las deudas contraídas por el marido sean satisfechas con dinero o con bienes pertenecientes a la sociedad (Art. 1.796). Aunque ese dinero o esos bienes hayan sido aportados a ella por la mujer.

No se necesita pues que el marido sea un disipador para que los bienes sociales disminuyan o desaparezcan en su totalidad, basta que sea un mal negociante para que esto suceda.

Consecuencia de ser el marido jefe de la sociedad conyugal y administrador único de los bienes sociales, es también lo que dispone el Art. 1.808, a saber «la mujer por si sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad. La autorización de la justicia en subsidio no produce otros efectos que los declarados en el artículo 191».

Este artículo en su inciso 3.º dice: «pero si la mujer ha sido autorizada por el Juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios: más no obligará el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad, o el marido, hubieren reportado del acto».

Cuándo tiene lugar la autorización del Juez aun contra la voluntad del marido nos lo dice el Art. 188: «La autorización del marido podrá ser suplida por la del Juez con conocimiento de causa cuando el marido se la negare sin justo motivo, y de ello se siga perjuicio a la mujer.»

La ley no dice cuándo se entiende que por falta de la autorización del marido se siga perjuicio a la mujer. Tal vez en el caso de que el marido no la autorice para aceptar una herencia, legado o donación que manifiestamente le convenga puede ésta ocurrir al Juez solicitando su autorización. Pero respecto a la aceptación de una herencia hecha por la mujer creemos que el Juez al concederle la autorización del caso, debe poner como condición que se haga con beneficio de inventario porque él, está haciendo la veces del marido, y éste en caso semejante, o casi igual, está obligado a hacer tal exigencia. (Art. 211) Y aunque ella no dijese nada al respecto se puede sostener, que según el Art. 1.307, la mujer casada únicamente puede aceptar herencias con beneficio de inventario puesto que es incapaz.

Con relación a la donación hecha a mujer casada de manera irrevocable y previa autorización del Juez en caso de que el marido no se la concediere; propiamente, la mujer no puede sufrir perjuicio o disminución de su patrimonio por que de acuerdo con el Art. 1478 la responsabilidad del donatario no se extiende en ningún caso sino hasta concurrencia del valor de las cosas donadas.

Pero puede darse también el caso de que un marido ta- caño o avariento niegue de modo expreso la autorización que la ley presume en la mujer cuando ésta hace compras de mue- bles y más objetos destinados al consumo ordinario de la familia, tales como viveres, vestidos, etc. etc....

Pero entonces cómo se justificaría aquello que dice el Art. 191 de que la mujer que ha sido autorizada por el Juez contra la voluntad del marido, únicamente obliga sus bienes propios.....?

Por qué no tendrá derecho la mujer a obligar el haber social cuando obre con autorización del Juez, aunque ésta haya sido concedida contra la voluntad del marido, siendo así que el Juez no concede tal autorización sino cuando el marido la ha negado sin justo motivo, y considerando ade- más que de no concedérsela se sigue perjuicio a la mujer....?

Para sostener este principio (el de que los actos ejecutados por la mujer contra la voluntad del marido no obligan los bienes sociales) se invoca la unidad de administración de la comunidad conyugal, y el ser el marido, con relación a ter- ceros, dueño de los bienes sociales y por consiguiente el úni- co capaz de obligarlos.

Ese principio es sin duda alguna, aplicado en este caso con rigidez exagerada, en realidad, esa excepción no tiene razón de ser. Los actos de la mujer ejecutados con autoriza- ción del Juez concedida aun contra la voluntad del marido, deberían producir los mismos efectos que producirían, si hu- biesen sido hechos con autorización de éste.

No se debe olvidar lo que dijimos antes, a saber: que el Juez no concede tal autorización sino con conocimiento de cau- sa y que si la otorga es porque estima que el marido se ha negado a prestarla sin justo motivo, y creyendo además que de ello, de negársela, se puede seguir perjuicio a la mujer (Art. 188). En otras palabras, únicamente cuando el marido se ha negado irracionalmente a autorizar a su mujer para determi- nado acto.

Qué justicia hay entonces en hacer responsable a la mujer en sus bienes propios únicamente....?

Por qué no podrá ésta obligar también los bienes sociales aunque del negocio llevado a cabo por ella no haya reportado beneficio alguno por cualquier motivo que el Juez no previó.

la sociedad conyugal....

Acaso la mujer no introduce también bienes a la sociedad conyugal....?

Por qué esa desigualdad tan manifiesta. tan exagerada y tan injusta....?

Ese inciso, el 3º del Art. 191, debiera suprimirse, para dejar subsistente, en toda su extensión, la regla general de que la autarización judicial produce los mismos efectos que le del marido.

La única protección real que la Ley concede a la mujer en sus bienes propios y que sirve de obstáculo a las facultades dispositivas y administrativas del marido las que son muy con- siderables, pues puede vender o enajenar hasta los bienes raíces de la sociedad, consiste, en los requisitos que exige en lo que se refiere a la enagenación o hipotecación de los bienes raíces de la mujer, para cuya validez es necesario que ésta preste su consentimiento y que el Juez con conocimiento de causa autrice la operación. (Art. 1810)

Pero sin embargo son entre nosotros demasiado frecuentes la venta y el empeño de bienes inmuebles de mujer casada debido a la facilidad con que el mari- do obtiene de la mujer su consentimiento, o mejor di- cho, que ponga su firma al pie del memorial en que se pide la autorización al Juez. Una vez obtenido lo cual el marido acude por medio de declaraciones de testigos, no por cierto muy difíciles de obtener, a acreditar la necesidad de una operación de esa naturaleza, aunque no la haya, o la utilidad, segura, manifiesta de la mis- ma, aunque no se vea. Y eso basta. Ya está todo hecho y de ese modo orilladas las dificultades aparentes que antes se oponían a que el marido, pudiese dedicarse, con el valor de esos bienes, a especulaciones arriesga- das y locas; o lo que es peor aun, a satisfacer sus vicios.

La Ley se quebranta con suma facilidad, con im- punidad, con descaro. Ella en si no es mala, mas los hombres siempre encuentran modo de burlarla. Y de- cimos esto porque hay que convenir en que la ley al reglamentar, como reglamenta, entre nosotros la so- ciedad o comunidad de los cónyuges procede en un to- do de conformidad con el derecho natural y divino. Porque lo natural es que el hombre sea el jefe de la familia y que como tal administre los bienes comunes.

Además, la ley se da conforme a los casos genera-

les, se da también atendiendo al modo como suceden ordinariamente las cosas. La ley no presume ni podría presumir nunca que el hombre una vez casado no iría a preocuparse de otra cosa distinta a malgastar sus bienes y los de su mujer; antes al contrario, la ley considera, presume, dá como hecho sentado que el hombre después de contraer matrimonio no pensará en otra cosa que en administrar honrada y económicamente los bienes sociales, para así tener con que atender a sus gastos propios y a los de su mujer y también a la alimentación y educación de la familia. Al hacerlo así está de acuerdo con la ley natural, obra conforme a la generalidad de los casos.

Pero la ley tampoco obliga a los que contraen matrimonio, a sujetarse a sus disposiciones, sobre todo en lo atañero al campo económico, es decir en lo que se relacione con la administración, uso y goce de los bienes que cada uno de ellos aporta a la comunidad o sociedad conyugal. Antes del capítulo que trata de la administración ordinaria de la sociedad conyugal, está el de las capitulaciones matrimoniales, de acuerdo con el cual se puede disponer lo que a bien se tenga, en lo relativo a la administración de los bienes que la mujer tuviere al tiempo de casarse.

El art. 1776, del capítulo de las capitulaciones matrimoniales dice: «Se puede estipular en las capitulaciones matrimoniales que la mejor administrará una parte de sus bienes propios con independencia del marido; y en este caso se seguirán las reglas dadas en el Título 9°. Capítulo 3°. del Libro 1°».

Como se ve la ley no dice: la totalidad. Dice: «una parte». Pero esa parte puede ser lo considerable que se queira puesto que la ley no la determina. De manera que basta con que la mujer introduzca como aporte a la sociedad una fracción por pequeña que sea de sus bienes, para cumplir con el precepto legal.

Veamos cuáles son las reglas dadas en el Título 9° «Capítulo 3°» del Libro 1. qué son las aplicables cuando en las capitulaciones se ha estipulado que la mujer administre una parte de sus bienes:

El Capítulo 3° «del Tit. 9°» del Libro 1. trata de la sepa-

ración de bienes entre los cónyuges. Allí está el artículo 212 en el que se preceptúa que: «si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes, se apliquen a esta separación parcial las reglas del artículo precedente». Una de esas reglas, la 5. dice así: «Serán exclusivamente de la mujer los frutos de las cosas que administre y todo lo que con ellos adquiriera».

De manera pues, que mediante las capitulaciones matrimoniales se puede llegar a una verdadera separación de bienes entre el marido y la mujer, con la única limitación que antes vimos consistente en no poder reservarse la mujer la administración de la totalidad de sus bienes.

Por lo demás si se ha hecho uso de la facultad que concede la ley, es decir, si se hubiere estipulado que la mujer administre una parte de sus bienes, de conformidad con el artículo 1776 del capítulo de la sociedad conyugal yá no necesitará ésta de la autorización del marido para ejecutar actos y contratos relativos a la administración y goce de dichos bienes, y podrá enajenar a cualquier título los bienes muebles que separadamente administre (artículo 204 del capítulo 3° título 9.º del Libro I).

Únicamente tiene la mujer que ha hecho capitulaciones matrimoniales, la obligación de proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades (art. 205 y 1773). Pero creemos que esto tiene lugar tan sólo cuando la parte de bienes introducidos por ella a la sociedad no sea suficiente para satisfacer las necesidades de la familia en la proporción que a la mujer le corresponde (art. 205).

Resumiendo tenemos, que merced a las capitulaciones matrimoniales, la mujer se puede emancipar económicamente del marido.

Veamos algunas peculiaridades de este contrato o convención de los esposos:

Ante todo, de conformidad con el art. 1778, las capitulaciones no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio. Esto se explica naturalmente porque las capitulaciones tan sólo entran a funcionar, si así puede decirse, después de celebrado aquél; antes no tendrían objeto ninguno. Según el mismo artículo una vez celebrado el matrimonio, no podrán alterarse ni aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas. (En esta convención pueden intervenir terceros, haciendo donaciones a uno de los esposos) (art. 1842).

No se pueden alterar (1778), y es ésta una excepción la

principio general de la libre estipulación y de que los contratos se resuelven y modifican de la misma manera o con las mismas formalidades o condiciones mediante las cuales se perfeccionan (en este caso por el consentimiento de las partes). Esta excepción se explica por ser esta una convención que afecta el orden social, y en la cual pueden tener interés terceras personas que contraten con la sociedad o con uno de los cónyuges, los derechos de las cuales podrían ser burlados si este contrato fuese susceptible de modificarse a voluntad de las partes que en él intervienen. Razón muy poderosa es también la de que los derechos de la mujer quedan así protegidos contra la posible y poderosa influencia que podría el marido ejercer sobre la mujer tendiente a alterar dicho contrato, dado caso, que éste fuese alterable.

Disposición de orden social o público es asimismo la de que las capitulaciones matrimoniales no puedan contener estipulaciones contrarias a la moral o a las leyes o que vayan en detrimento de los derechos y obligaciones que éstas señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes (art. 1773).

De los artículos 1779 y 1780 tendremos ocasión de hablar luego, al tratar sobre las dificultades que se presentan cuando no se han hecho capitulaciones, para llevar a efecto las restituciones y compensaciones recíprocas entre la sociedad y uno cualquiera de los cónyuges al liquidarse ésta.

RESTITUCIONES Y COMPENSACIONES

El artículo 1781 habla de la obligación que tiene la sociedad de restituir el dinero y las cosas fungibles, y especies muebles que cada uno de los cónyuges aporte al matrimonio (N. 3. y 4.)

Sea esta la ocasión de decir algo respecto de tales restituciones o compensaciones y de su relación con lo que se estipula en las capitulaciones matrimoniales.

En primer lugar, son muchas las disposiciones existentes en el Código que tratan de restituciones y compensaciones debidas ya por la sociedad a uno de los cónyuges, o ya por uno de éstos a aquélla. Basten como ejemplos los artículos 1781, 1796, 1797, 1798, 1799, 1801, 1806, 1802, etc. etc.

Estas compensaciones y restituciones se llevan a efecto, naturalmente, después de disuelta la sociedad conyugal cuando ésta se liquida. Pero qué sucede en la práctica....? Qué es lo que ocurre ordinariamente....?

Pues que conforme al artículo 1795 el cual debe tenerse sin duda alguna muy en cuenta en caso de disolución de la sociedad conyugal: «Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones

que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se prueba lo contrario». Y añade el artículo: «Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento». Y agrega: «La confesión, no obstante se mirará como una donación revocable, que confirmada por la muerte del donante, se ejecutará, en su parte de gananciales, o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar». Para terminar establece el Legislador algo de poca significación y hasta cierto punto ridículo al decir: «Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a la mujer sus vestidos, y todos los muebles de su uso personal necesario».

La ley exige pues, que aparezca o se pruebe claramente que el dinero, especies, créditos, acciones etc. etc. pertenecen al cónyuge que los reclama como suyos; pero esa prueba raras veces se aduce y también raras veces aparecerá que tal o cual objeto pertenece a determinado cónyuge tanto más cuanto que no se tiene en cuenta la confesión del otro ni el juramento de ambos.

La prueba de que hablamos es casi imposible de aducir, pues la sociedad o comunidad conyugal es algo *sui generis*; en ella a diferencia de las otras sociedades no se lleva libros, ni notas ni apuntamientos de ninguna clase, ni cosas por el estilo. Además no tiene duración determinada y entre nosotros únicamente se disuelve cuando se disuelve el matrimonio, es decir, por la muerte de uno de los cónyuges. Son muchos los casos de celebración de bodas de plata, de oro, de diamante etc.

Con estas peculiaridades que son verdaderos distintivos del contrato matrimonial y, teniendo en cuenta lo que establece el art. 1795, podrán llevarse a cabo las respectivas compensaciones y restituciones que tan importante papel parecen desempeñar en los capítulos del Código, que tratan de los bienes sociales, de la administración de éstos y de la disolución de la sociedad conyugal....?

En la generalidad de los casos, nó.

Lo que sucede es que todos los bienes existentes al tiempo de la disolución de la sociedad se reputan bienes sociales. Excepción hecha, claro está, de los bienes inmuebles propios de cada cónyuge, siempre que por otra parte dicha propiedad se compruebe con la exhibición del respectivo título. Ahora bien, será esto equitativo, se consultará con ello la justicia...? Aprovechará a los cónyuges, sobre todo a la mujer....?

En igualdad de circunstancias, es decir, suponiendo que ambos cónyuges aporten a la sociedad bienes de igual valor, cuál de ellos tendrá más probabilidades de ser deudor de la sociedad por mayor suma? . . .

El marido que administra libremente los bienes sociales y los de su mujer y que es respecto de terceros dueño de los bienes sociales, como si ellos y los suyos propios formasen un solo patrimonio (art. 1806) o la mujer que por sí sola no tiene derecho alguno sobre tales bienes (art. 1808) y que no puede sin autorización del marido celebrar contrato alguno, ni desistir de uno anterior, ni remitir una deuda ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar (art. 182) . . . ?

El marido que en todos sus actos obliga el haber social y que para obligarlo no necesita de autorización judicial; o la mujer que depende en un todo de éste y que para cualquier acto, exceptuando el de disponer por testamento de lo suyo propio, necesita de su autorización . . . ?

El marido que hace lo que quiere con los bienes sociales; o la mujer que aún obrando con autorización judicial únicamente obliga sus bienes propios . . . ?

Cuál, volvemos a preguntar, en circunstancias ordinarias y caso de que haya deudas a favor de la sociedad deberá más a ésta . . . ?

Indudablemente que el marido.

Únicamente cuando se han celebrado capitulaciones matrimoniales se puede llevar a término una liquidación equitativa y científica de la sociedad conyugal en cuanto ello es posible. Puesto que la ley manda que en estas (las capitulaciones) se designen los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno (art. 1780 inc. 1.)

El Dr. Fernando Vélez que estima obligatoria esta designación dice respecto a ella lo siguiente:

"Lo dispuesto en el inciso 1. de este artículo, es decir, la exigencia de que las capitulaciones matrimoniales contengan un inventario del activo y del pasivo de cada uno de los futuros cónyuges, cualquiera que sea la forma de aquéllas, tiene por objeto establecer las bases de la sociedad conyugal indicando lo que a ésta aportan los esposos (art. 472.) para poder efectuar la partición de la sociedad cuando ésta se liquide.

La importancia de aquel inciso se comprende mejor teniendo presentes algunas disposiciones del Código. Si de acuerdo con el número 4 del artículo 1781, son parte del de

ber social los bienes muebles que los esposos aportan al matrimonio, quedando obligada la sociedad a restituir el valor que tuvieron al tiempo del aporte, y si según el artículo 1795, la confesión de los cónyuges no es prueba respecto de lo que a cada uno le corresponde, haciendo constar en las capitulaciones dichos muebles y su precio, queda justificado qué debe la sociedad a cada cónyuge por su aporte. El valor de los inmuebles de los esposos es indispensable cuando la mujer aporta algunos al matrimonio para que la sociedad le restituya su valor en dinero (art. 1781, n. 6.)

Respecto del pasivo de los esposos, diremos que se demuestra la necesidad de que conste en las capitulaciones, sólo con observar que, según el n. 3. del artículo 1796, las deudas personales de cada cónyuge debe pagarlas la sociedad conyugal, pero quedando el deudor obligado a compensarle lo que invierta en ello."

Como se vé, el Dr. Fernando Vélez se limita únicamente a citar como ejemplos algunas disposiciones que se relacionan directamente con el artículo que estudiamos. Con el fin de hacer resaltar más la importancia y conveniencia de dicha disposición que impone a los esposos la obligación de designar en las capitulaciones los bienes que aportan al matrimonio, es decir, los bienes que una vez celebrado éste forman el haber de la sociedad conyugal, transcribimos en seguida algunos de los artículos que tratan de restituciones o compensaciones y que deben tenerse en cuenta en toda liquidación de una sociedad conyugal. Estos artículos son:

El 1806 que dice: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales como si ellos y sus bienes propios, formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad, los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido."

El 1797 que dice: "Vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor, salvo en cuanto dicho precio se haya invertido en la subrogación de que habla el artículo 1789, o en otro negocio personal del cónyuge de quien era la cosa vendida, como en el pago de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior."

El 1798 que dice: "El marido o la mujer deberá a la sociedad el valor de toda donación que hiciere de cualquiera parte del haber social, a menos que sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave

menoscabo a dicho haber.”

Por último el art. 1803 que dice: “En general, se debe recompensa a la sociedad por toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero,”

Como se ve es más importante de lo que a primera vista aparece la disposición de que nos ocupamos (art. 1780 inc. 1.) pues se facilita con ella notablemente la liquidación de la sociedad. Sirve de base, de principio de partida para la misma.

El Dr. Vélez opina que el 2. inciso del artículo 1780 no debiera existir porque mediante este inciso las omisiones o inexactitudes respecto a la designación de los bienes que los esposos aportan al matrimonio y a la especificación de las deudas de cada uno no anulan las capitulaciones.

Nosotros creemos lo mismo o al menos que cuando se omita un bien raíz o bienes muebles de considerable importancia, se anulen las capitulaciones.

IGNACIO NAVARRO O.

LEGISLACION POLISIVA

(Jurisprudencia de la Jefatura.)

(Extractos de sentencias dictadas por el Jefe 1.º General de Policía, Dr. Marco Tulio Jiménez).

(Art. 15—Ley 57—1905).— El Art. 15 de la Ley 57 de 1905, sobre lanzamiento, se ha prestado a multitud de arbitrariedades e injusticias en toda la República. Ha ocasionado hasta reclamaciones de carácter casi internacional, como ocurrió últimamente en el caso de la compañía petrolera llamada “La Lobitos”. Dicho artículo fue malamente redactado, a todo correr, para fines *ad hoc*, según se cree, y carece de reglamentación. De allí que con una simple queja del interesado en hacer desocupar una finca y sin prueba de ninguna especie, se haya procedido por algunos Funcionarios de Policía a lanzar a poseedores antiguos y pacíficos de un predio, violando todo derecho. El Consejo de Estado ha dicho respecto de la redacción de ese artículo que donde dice “arrendador” debe entenderse, para que no resulte un ad-fesio, “dueño o poseedor”. Para mejor inteligencia de la

cuestión conviene copiar en seguida el artículo mencionado: «Art. 15. Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el Jefe de Policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca».

¿El «escrito de queja» puede ser un simple escrito, sin que haya necesidad de acompañar la prueba de lo afirmado en él? Nó. La sola queja es inaceptable, porque si se da crédito absoluto a todo lo que el actor quiera afirmar, ¿qué garantías tienen los poseedores materiales de un predio? La expresión «procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno» ¿puede entenderse en absoluto? De ninguna manera. Es evidente que el auto en el cual se decreta tan grave medida debe ser apelable en el efecto devolutivo, al menos, para ante la Jefatura (*), pues dicho auto equivale a una sentencia definitiva de la Policía y produce gravamen irreparable ante la misma. La expresión mencionada sólo quiere decir que la diligencia se llevará a efecto a pesar de cualquiera oposición que el ocupante de hecho presente, pero de ningún modo debe entenderse que se extiende hasta hacer inapelable la providencia. Resumiendo los anteriores conceptos, la Jefatura ha establecido las siguientes bases, en multitud de sentencias, para que un lanzamiento resulte razonable:

(*) Esta Jurisprudencia acaba de ser corroborada por Resolución del Ministerio de Gobierno (“Gaceta Departamental” Nos. 2065 y 2066 del 7 de Octubre de 1922)—N. de la R

El lanzamiento que autoriza el Art. 15 de la Ley 57 de 1905 sólo puede decretarse cuando el demandante ha acompañado al escrito de queja la prueba de los siguientes hechos: 1. Que es dueño o poseedor de la finca que ha sido ocupada de hecho por otro; 2. Que estaba poseyendo materialmente por sí, por medio de otra persona, o por sus antecesores en el dominio, cuando se verificó la ocupación de hecho; 3. La identidad del inmueble reclamado; 4. La ocupación de hecho. Se entiende por tal la que se verifica por medio de la fuerza, o con artificios, o con engaños, o de una manera clandestina; y 5. Que la ocupación de hecho se verificó dentro de los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda. (Arts. 289 y 290 del C. de P. y 984 del C. Civil.)

El individuo contra el cual se decreta un lanzamiento puede comprobar que la ocupación proviene de un contrato celebrado con el dueño, o de una comunidad, o de una plantación o edificación (Art. 739 del C. C.), o de un comodato que ha terminado (Art. 2218 del C. C.). Sabido es que la ley civil consagra, en los dos últimos casos citados, el derecho de retención, y mal puede la Policía entrar a variar ese estado de cosas en virtud de una simple queja de lanzamiento.

Al querellante toca comprobar que la ocupación de hecho se verificó dentro de los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda, porque si pasa de ese término no es admisible ni la acción posesoria por despojo ante el Poder Judicial. (Art. 984 del C. C.) (Sent. Agosto 25—1922).

* *
*

(Art. 297 del C. de P.)—Se observa que este juicio no puede prosperar porque los demandantes no han probado con *título escrito* el derecho a la servidumbre discutida. El juicio carece, pues, de base legal, de acuerdo con el inciso primero del Art. 297 del Código de Policía.

Es de lamentar que la Asamblea de 1913 haya convertido la cuestión de hecho de las servidumbres de tránsito en una cuestión de derecho. Antes de ese año, de acuerdo con prácticos y sabios principios, la Policía prestaba protección al dueño del predio que había gozado por más de un año una servidumbre de tránsito, tuviera o no título de ella, hasta que el Poder Judicial decidía sobre la cuestión de derecho, o sea, sobre la existencia legal de la servidumbre. Hoy, con la exigencia de «título escrito», la cuestión se ha vuelto de puro derecho y ni aun el goce inmemorial basta para autorizar una sabia protección provisional al que no tiene título. De suerte que la Asamblea, por amoldarse al Art. 9º. de la Ley 95 de 1890, cayó en el gravísimo mal de autorizar, por medio de las vías de hecho, la acción nufgatoria de servidumbre. Hoy cualquiera quita, sin necesidad de acudir al Poder Judicial, servidumbres antiguas no amparadas por título. El mal apuntado es bastante grave, y la Asamblea no habría incurrido en él si hubiera tenido en cuenta que de acuerdo con el Art. 889 del C. Civil las leyes sobre servidumbres se entienden sin perjuicio de lo que se estatuya en el Código de Policía. En consecuencia, la misión de las autoridades administrativas ha debido concretarse a la cuestión de hecho, prestando protección provisional al dueño del predio que pruebe que ha gozado de la servidumbre por más de un año. (Sent. Sebpre. 13-1921).

JURISPRUDENCIA MEDICOLEGAL

II

Tenemos muy alta estimación por los doctores Saénz y Fernández Quevedo y los consideramos bien reputados en su profesión médica, y, por lo mismo, queremos que sus conceptos medicolegales, en lo que sean discutibles, sean públicamente discutidos.

DOCTRINAS SOBRE INCAPACIDAD POR LESIONES TRAUMATICAS

En materia de incapacidad puede decirse que

tenemos un principio fundamental de jurisprudencia basado no en la estricta y literal observancia de nuestra ley penal (que se ha quedado al margen de los nuevos adelantos de la Ciencia Jurídica), sino en una amplia y equitativa interpretación doctrinal. Nada dice al criterio del Juez la locución "incapacidad para trabajar como antes" que emplea el Código, aplicada a los efectos de las heridas en general, si se tiene en cuenta que no todas las personas trabajan, bien por carencia de aptitud fisiológica como ocurre en los niños, en los ancianos yá reducidos a la inactividad y en los inválidos, o bien por pereza habitual u otra causa, o porque el herido continúe trabajando como antes por no impedírselo las heridas o lesiones. De ello surge esta cuestión:

La incapacidad temporal que debe apreciarse, ¿se refiere a las tareas habituales o generalmente a toda clase de trabajos corporales?

Dos doctrinas hay a tal respecto: la que sostiene la INCAPACIDAD ABSOLUTA y la que opta por la INCAPACIDAD RELATIVA, pero ambas están en extremos opuestos. Si se acepta la tesis de la incapacidad relativa ocurre que si a un pianista por ejemplo, le hieren un dedo de cualquiera de las manos, queda incapacitado aunque pueda trabajar como escribiente; y si se acepta la tesis de la incapacidad absoluta, no queda incapacitado porque puede ejercer el trabajo corporal de escribir.

Aunque ambas doctrinas están en extremos opuestos, creen algunos comentadores que la tesis de la incapacidad absoluta es más sostenible porque si se hace prevalecer la otra sucedería "que el mayor o menor castigo no dependería sino de la profesión u oficio del individuo lesionado, cosa inadmisibles a todas luces porque hay individuos que no tienen profesión alguna, y, a ser heridos, no habría base para castigar al respectivo agresor, y también hay profesiones de más importancia que otras"

El artículo 309 del Código penal francés habla de INCAPACIDAD PARA EL TRAJO PERSO-

NAL (*travail personnel*) y algunos comentadores de dicho Código, entre ellos ROGRON, dicen que la palabra PERSONAL no se refiere sino al trabajo personal o profesional de la persona herida, teniendo en cuenta que el artículo 309 no distingue los diversos géneros de trabajo que un individuo puede ejecutar, de modo que debe excluirse el caso en que las heridas incapaciten al ofendido para dedicarse sólo a *ciertas ocupaciones*. La cuestión es esta: ¿hay incapacidad para trabajar cuando el herido no ha podido hacerlo en su profesión pero sí en otras ocupaciones? Si, dice la Corte Suprema francesa, teniendo en cuenta que la palabra PERSONAL se refiere al trabajo profesional (1) El profesor Tardieu citado por el doctor Carlos E. Putnam en su obra aludida (2), dice: "El perito debe examinar a su herido bajo el punto de vista de la *integridad* de sus funciones, de la libertad de sus movimientos y de la perturbación o dificultad producida a su género de vida habitual, *cualquiera que sea*"

«La existencia y la duración de esta perturbación realizan las condiciones de la enfermedad y de la incapacidad establecidas por la ley. «La enfermedad está constituida esencialmente por la imposibilidad que tenga el ofendido de volver a seguir sus trabajos habituales»

El Tribunal Superior de Buga dice a tal respecto:

«La incapacidad para trabajar de que la ley habla no es la absoluta» La sola expresión 'incapacidad para trabajar como antes', usada por el Código Penal, basta para dar a entender que de lo que se trata es de una relación de comparación entre el estado de salud de un individuo antes de ser herido y la salud posterior del mismo»

(1) J. A. Rogron. Code Penal expliqué par ses motifs, par des exemples et par la Jurisprudence, página 712.

(2) Tratado Práctico de Medicina Legal en relación con la legislación penal y procedimental del País, página 712.

«Si por motivo de la herida se ha modificado de alguna manera la salud anterior del individuo, es claro que ese individuo no disfruta de la misma capacidad que antes para trabajar y por lo mismo está en incapacidad de trabajar como antes» (Jurisprudencia de los Tribunales, Tomo 1, página 733, número 2650)

En materia, pues, de incapacidades, se presentan estos casos:

I—Heridos que quedan en incapacidad absoluta para toda clase de trabajos corporales.

II—Heridos que quedan incapacitados solamente para ciertos trabajos (por lo general los de la profesión u oficio).

III—Heridos que en ninguna forma quedan incapacitados porque continúan trabajando como antes.

IV— Heridos que PRACTICAMENTE no quedan incapacitados para trabajar como antes, por carecer de la aptitud funcional de sus miembros y órganos para ello. (los niños, los inválidos.)

V—Heridos que apesar de la aptitud fisiológica para el trabajo, PRACTICAMENTE no quedan incapacitados por no haberse ocupado, antes de la incapacidad, en ninguna clase de trabajo (los vagos).

Pero—concretándonos a nuestro Código Penal—como la ley habla de *incapacidad para trabajar como antes*, bien puede referirse a toda clase de trabajo (incapacidad absoluta), o bien al habitual o profesional (incapacidad relativa), por no serle potestativo ni al Juez ni al Medicolegista distinguir, según el aforismo latino: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Y sube de punto la incongruencia entre el claro temor de la ley y las dos interpretaciones anotadas, si se tienen en cuenta los casos III y IV, y que no existe sinonimia entre las locuciones “trabajo corporal” y “aptitud funcional orgánica”

de donde se deduce que para interpretar aquella de una manera más acorde con la Lógica Judicial y con el Derecho Natural y de un sentido que comprenda todos los casos que en la práctica se presentan, es forzoso establecer, como base fija de apreciación, que el herido permanece incapacitado MIENTRAS DURA EL PROCESO DE REPARACION Y CICATRIZACION DE LOS TEJIDOS Y ORGANOS LESIONADOS. Así queda intacta la integridad del precepto legal y se establece la respectiva jurisprudencia.

(Continuará.)

CARLOS A. HOLGUÍN

(Juez de Circuito.)

NOTAS:

PROPOSICION.

El Centro Jurídico aprobó por unanimidad un voto de felicitación a su muy digno y antiguo miembro Dr. Rafael H. Duque en el día de su ordenación sacerdotal.

Octubre—1922

—Esta entrega corresponde a los meses de Nove. y Dice. de 1922 y Enero de 1923.

Fé de erratas.

En la presente entrega se deslizaron algunos errores de significación, entre ellos los siguientes, que suplicamos a nuestros lectores se sirvan corregir:

En la cubierta:	erronca	por	errónea.
En los avisos:	Moreno	"	Morelo.
En la página:	2095:	o casi	" casi.
" "	" "	2096:	más " demás
" "	" "	"	sidó " síno
" "	" "	2097:	vienes " bienes.
" "	" "	2104:	polisiva " policiva
" "	" "	2018:	dodo " dedo,