

Don Anselmo Jimenez
REPUBLICA DE COLOMBIA - DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

FUNDADA EN 1912

DIRECTOR: EMILIO ROBLEDO URIBE.

ADMOR: LUIS F. ORTIZ R.

REDACTOR: LUIS GUILLERMO ECHEVERRI.

Serie XIV

Medellin, Diciembre de 1927

Nros. 142-143

SUMARIO

Las Monografías de los alumnos de la Escuela de Derecho, <i>Juan E. Martínez</i>	753
Asuntos Municipales, <i>F. de P. Pérez</i>	757
Algo sobre Asignaciones Forzosas, <i>Eduardo Fernández B.</i> De la importancia del Derecho Romano, <i>Andrade</i>	764
Concurso de Delitos, <i>Hernán Montoya</i>	791
Auto Revocatorio (conclusión)	796
Doctor Luis Navarro Ospina	808
Varia, <i>Andrade</i>	812
	813

BIBLIOTECA
de la
UNIVERSIDAD
de
ANTIOQUIA

LIR. DE SAN ANTONIO

ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

FUNDADA EN 1912

DIRECTOR: EMILIO ROBLEDO URIBE.

ADMOR: LUIS F. ORTIZ R.

REDACTOR: LUIS GUILLERMO ECHEVERRI.

Serie XIV

Medellín, Diciembre de 1927

Nros. 142 - 143

Las monografías de los alumnos de la Escuela de Derecho

Exposición del Director de la Escuela

Por cuarta vez me corresponde informar sobre las monografías que presentan los alumnos de la Escuela en cumplimiento de un requisito reglamentario que ha de preceder a los exámenes de fin de año.

Por haberlo hecho en las anteriores ocasiones, no me detengo ahora a explicar la trascendencia de esta práctica, cuya utilidad, por otra parte, comprenden y aceptan los alumnos. En prueba de esto último copio de una de las monografías: «Hay deberes que honran y debieran considerarse como un derecho por aprovechar directa y exclusivamente a quien los cumple, que en tal caso lo hará con sobra de placer; venga por ejemplo el estado por nuestra Escuela de Derecho al imponer el trabajo de una monografía al que quiera presentarse a exámenes anuales, una disposición que me parece de laudable acierto y alto espíritu previsorio».

Esta práctica, pues, está definitivamente arraigada en los estatutos del Plantel.

En el curso de este mes los alumnos presentaron sus mono-

grafías, las cuales versan sobre los temas siguientes:

Arambuero Mario
Arango E. Jaime
Arce T. Elías
Arcila Ramón O.
Arias Jesús María
Arriaga Adán

Arroyave Luis Angel
Barrera O. Francisco
Berrío G. Pedro J.
Botero César
Cadavid U. Alfonso
Campillo M. Jorge

Cardona C. Gustavo
Cock E. Julián
Córdoba Diego Luis

Chaves Francisco
Daza M. Mauricio

Echeverri Francisco

Echeverri Luis Guillermo

Esparza Augusto
Fernández B. Eduardo
Fontalvo Ricardo
Gómez Clímaco
González Villa Alejandro

González Luis Angel

Gutiérrez Gómez José
Henaó Gonzalo
Hernández S. Jorge

Hoyos Pablo E.
Isaza M. Rafael
Jiménez Francisco Luis

López M. Justo

Medina R. Elías
Mejía Montoya Alfonso
Molina Gerardo
Monsalve Francisco

Montoya Hernán

La Soberanía Nacional
El Estado
La moneda
Algo de arrendamiento
La Soberanía
El Derecho Romano en la civilización de Occidente
Algo sobre delito y tentativa
De la sociedad conyugal
El trabajo
Dos dictaduras contemporáneas
Algo sobre el delito
La soberanía de la Iglesia y el Gral. Tomás C. de Mosquera
El Art. 282 del Código Civil
El problema electoral
Ensayo de Introducción al Estudio del Derecho de Minas Colombiano.
El sufragio femenino
Algo sobre Derecho Constitucional
Algo sobre la sociedad conyugal y el derecho de testar.
Diversas razones para hacer exclusiones del sufragio.
Legitimación y testamento
Algo sobre asignaciones forzosas
Organización del Poder Judicial
Delito y sus elementos esenciales
Del haber de la sociedad conyugal y de sus cargas
Clasificación fundamental de las pruebas
De la porción conyugal
Sucesión
Nociones generales sobre las obligaciones
De la confesión.
Caso fortuito
Una línea sobre el presupuesto de Estado
Reformas constitucionales en el campo Judicial.
Documentos privados
Malthusianismo
El Jurado
El feminismo ante el Derecho Constitucional
Concurso de delitos

Ochoa Gilberto	<i>Sociedad conyugal</i>
Ochoa G. Luis E.	<i>El problema de la vida cara en Colombia</i>
Ortiz Luis Felipe	<i>Sucesiones</i>
Quintero Juan	<i>Prueba pericial</i>
Restrepo M. Alfonso	<i>Socialismo</i>
Restrepo M. Jaime	<i>Libertades individuales</i>
Rico Jesús Antonio	<i>La pena de muerte</i>
Robledo U. Emilio	<i>Posesión</i>
Rodríguez Fidel	<i>Anotaciones sobre el Liberalismo</i>
Sánchez P. Luis	<i>Ideales americanos</i>
Serna B. Ricardo	<i>De la renta vitalicia</i>
Toro E. Eduardo	<i>Comentarios al Artículo 1942 del Código Civil</i>
Uribe C. Julián	<i>El matrimonio en su aspecto canónico</i>
Vásquez R. Julio	<i>De la responsabilidad gubernativa</i>
Vélez Carlos	<i>Del falso testimonio</i>
Yepes Emilio	<i>Elecciones políticas en Colombia</i>
Zapata Aristides	<i>Medicina Legal</i>
Zuleta F. Juan	<i>Algo sobre el Derecho Penal</i>

Entre estas monografías se ve un grupo crecido que trata de temas de Derecho Constitucional; en segundo término se halla el grupo de las de Derecho Civil y las restantes se refieren a las demás materias del pensum. Hay varias escritas con un esmero que les permitiría codearse con tesis de grado; la mayor parte, por su extensión y estudio, cumple el fin reglamentario; algunas (muy pocas por fortuna) parecen escritas como por salir del paso. Consideradas en general, producen satisfactoria impresión y muestran que los alumnos, como ya lo dije, están convencidos de la importancia de esta medida.

En 1924. el Consejo Consultivo de la Escuela, a petición del Centro Jurídico, dispuso conceder premios a las dos mejores monografías; premios que no son propiamente lauros otorgados a nombre de la Universidad, sino medios de estímulo interno en el Plantel. Desde el año pasado los premios se elevaron a tres, por disposición del H. Consejo Directivo.

Con el fin de elegir las monografías que fueran dignas de consideración para la adjudicación de los premios, se siguió este año el sistema de los anteriores. Las presentadas hasta el día 6 del mes actual fueron divididas por mí en siete grupos, consultando en lo posible la afinidad de las materias, y pasé estos grupos a siete profesores con el encargo de estudiar las composiciones y manifestar su concepto acerca de cuál era la mejor de las que habían leído.

Los señores profesores comisionados enviaron sus informes y resultaron indicadas como mejores, en el conjunto de los grupos, las composiciones de los señores Emilio Robledo Uribe,

la justicia humana, que tiene obligación de hacer guardar y cumplir las unas y los otros, que dispone de las fuerzas organizadas para la coacción material, que ejerce direcciones supremas e influjos eficacísimos sobre la cultura, el trabajo de la vida entera de la Nación. De otro lado aquellos núcleos de intereses, afectos y aspiraciones; aquellas agrupaciones históricas, étnicas, geográficas, morales o económicas que naturalmente existen dentro de la unidad nacional y son focos de iniciativas y de resistencia, organismos vivos, impulsos de abajo hacia arriba, savia del Estado».

«No conozco en la política y en la administración problemas más delicados y difíciles que los que suscita la contraposición inicial de estas fuerzas que deben cooperar sin conflicto y sin mengua al bienestar de los pueblos. Hablar de descentralización administrativa es poner el pensamiento sobre el cúmulo de todos estos problemas».

Ese capítulo fundamental en la evolución histórica de los municipios originó dondequiera reñidas controversias. Los pueblos latinos fueron considerados víctimas de un centralismo exagerado; pero es lo cierto que la misma Inglaterra conserva muchos principios rígidamente centralistas, como lo anotan diversos expositores.

El municipio inglés requiere autorizaciones previas del Parlamento en lo relativo a municipalizar servicios, emitir empréstitos, reformar la enseñanza o la beneficencia y hasta para erección de monumentos.

Si resaltaba, con mayor fuerza, la organización centralista en las naciones latinas, obedecía, sin duda, al hecho de que los municipios quedaban con más nexos con el Gobierno central, representado en la rama ejecutiva.

En Alemania fué vario el sistema: en unos Estados el municipio se hallaba sujeto a las Legislaturas y en otros al Poder Ejecutivo. Las ciudades libres fueron celosas de su autonomía y no se desprendieron de ella.

La ciudad antigua era la encarnación del Estado y el órgano casi único de la soberanía política.

Las ciudades en la Edad Media debieron su importancia, en grado máximo, a privilegios industriales y comerciales.

No pueden hoy revivirse viejos estatutos sin los retoques imperativos de la vida moderna.

Los cambios fundamentales en la política; las variaciones de las costumbres en distintas formas de actividad social; el vertiginoso desarrollo del comercio y de la industria; los inventos aplicados al trabajo y al arte; la orientación conjunta de las energías privadas y públicas, todo eso ha ejercido y ejerce influencia vital en la solución de los problemas municipales. Seguir las imitaciones como se atienden los reglamentos de la moda, con sus figurines y modelos, es marchar inevitablemente al error.

Bases generales, principios administrativos ya experimentados, han de servir, claro está, como fuente doctrinaria de gran valor; pero es necesario, ante todo, el análisis detenido de la índole propia y de las necesidades peculiares de cada pueblo.

Generalizada hoy en la práctica la descentralización municipal como un postulado de las ciencias políticas y sociales, no deben olvidarse al reglamentarla los diversos factores que se relacionan con la raza, el medio ambiente, las iniciativas y costumbres locales. La descentralización es un medio y no un fin: se quiere que con ella el Municipio pueda ejercer convenientemente sus facultades naturales.

Algunos escritores han considerado el movimiento en favor de la autonomía de los Municipios como una restauración de sus antiguas libertades. Sea de esto lo que fuere, es evidente que la complejidad de la vida moderna se presenta con necesidades nuevas y con problemas no imaginados.

Puede considerarse ya cerrado el debate sobre la conveniencia de reconocer la indispensable autonomía de los Municipios para que puedan desarrollar plenamente sus capacidades.

Dentro del programa de sus realizaciones vienen las múltiples exigencias que con la intervención que les corresponde deben atender preferentemente los Municipios. En la higiene y salubridad, en los medios de transporte, en las viviendas, en la provisión de aguas, en la construcción de plazas de mercado y de deporte, en la inspección para la venta de ciertos artículos y en muchos otros campos, la influencia municipal, directa o indirectamente, ha de imponerse.

Todo esto pregona el hecho de que los problemas municipales, en la actualidad, son muy distintos de los de otros tiempos y requieren soluciones adecuadas.

Para su obra de conjunto han acudido los Distritos al sistema de la municipalización de servicios.

Practicado éste, aunque en forma en extremo limitada, desde tiempos muy antiguos, alcanza en nuestros días excepcional importancia.

Algunos tratadistas indican como el verdadero comienzo de la era del industrialismo municipal la política emprendida por J. Chamberlain en Birmingham al ocupar la presidencia del Concejo Municipal en el año de 1872. Bajo los auspicios del citado estadista se municipalizaron en aquella ciudad los servicios de agua, alumbrado eléctrico y de gas, así como el de tranvías, y se edificaron barrios obreros y hasta casas para la clase media. El buen éxito obtenido en estas empresas hizo que la mayor parte de las grandes ciudades de Inglaterra adoptara pronto una política semejante.

No se detuvo la acción en las Islas Británicas. La mayor parte de los países adaptaron a su régimen las normas experimentadas con tan notable provecho.

Sin embargo, la municipalización de servicios ha sido discutida, y cuenta con partidarios fervorosos y con adversarios decididos, pues no en todos los pueblos se han logrado con ella los mismos benéficos resultados.

Estudiando la copiosa literatura escrita por quienes la defienden y por quienes la atacan, se observa que plantean la cuestión en términos absolutos y teniendo en cuenta solamente su aspecto político.

Pero según lo expresa un distinguido publicista norteamericano, el problema debe examinarse fijándose más en su aspecto administrativo.

La explotación de una industria municipal es un negocio de la misma naturaleza que la explotación de una industria privada. En su desarrollo puede afirmarse que llevan un derrotero común y recorren una trayectoria igual. Deben, no obstante, separarse en un punto: la finalidad del Municipio es la de servir; la finalidad del individuo es la de ganar.

Es éste uno de los primeros escollos de la municipalización de servicios: el afán de lucro. El Estado comerciante viene a sustituir al Estado protector. Los razonamientos antiguos de que los Gobiernos son siempre malos administradores, de que las iniciativas individuales son las únicas que pueden hacer progresar una empresa con el incentivo de las ganancias, y otras aseveraciones por el estilo carecen ya de la fuerza que se les reconocía. Las entidades oficiales pueden ofrecer el ejemplo de administraciones tan activas y tan bien organizadas como las de cualquiera sociedad privada, y con un sistema científico y equitativo en la reglamentación del trabajo pueden ofrecer saludables ejemplos en la conveniente distribución de los problemas obreros.

La industria individual finca su esfuerzo en distribuir entre sus accionistas los mayores beneficios. La industria oficial debe, ante todo, tratar de la mejora del servicio; y sólo cuando los rendimientos sobrepasen a los gastos de sostenimiento y avance dentro de tarifas equitativas, pueden ingresar a las rentas generales de la Nación, del Departamento o del Municipio.

No pueden darse normas de igual aplicación en todas partes en materia como ésta, que se halla sujeta en un todo a leyes económicas esencialmente variables en presencia de las diversas circunstancias sociales de las diferentes localidades.

La vida municipal de los Estados Unidos está ilustrada con muchos ejemplos utilizables. Ciudades como Nueva York y Chicago se han visto obligadas a arrendar a Compañías privadas la explotación de los servicios de tranvías y alumbrados, que estuvieron municipalizados en otra época.

Anota un escritor inglés que en Londres se ha visto obligado el Concejo del Condado a abandonar la municipalización del servicio de obras urbanas y la de vapores para viajeros del Támesis, por las grandes pérdidas que dichos negocios le ocasionaban. Y en West Ham la ineficacia de los obreros municipales ha sido causa de que se haga proverbial la frase de que en dicho distrito se «ha municipalizado la pereza».

Los tratadistas de Derecho administrativo señalan varias reglas fundamentales para saber cuándo es conveniente o inconveniente la municipalización de una empresa. Pueden concretarse así:

- 1^o. Si el negocio propuesto será o nó lucrativo.
- 2^o. Si en el caso de que no sea lucrativo, conviene explotarlo por los beneficios que pueda reportar a la comunidad.
- 3^o. Si en el caso de que sea lucrativo, será oportuno arren-

darlo a una Compañía privada, reservándose el Municipio la facultad de imponer condiciones a su explotación; y

4ª. En el caso de que no haya Compañía que pueda explotarlo, no convengan sus propuestas, si el personal del Municipio reúne las condiciones antes señaladas.

Entre nosotros lo relacionado con facultades a los Municipios ha seguido los vaivenes inestables de la política y se ha orientado según las transformaciones constitucionales de cada época.

«El problema de la autonomía seccional y municipal—escribió Rafael Uribe Uribe—pudo haber quedado resuelto en 1863, no exagerando la federación, o en 1886, no exagerando el centralismo: la acción y la reacción extremadas dejaron al medio el equilibrio. Afortunadamente vamos por el buen camino. Es más hacedero moderar un centralismo excesivo que una federación excesiva, como es más fácil descomponer que recomponer una síntesis. Verdad es que no hemos acertado todavía a definir las esferas respectivas de la Nación, el Departamento y el Municipio.... Pero la labor de separar atribuciones, rentas y obligaciones, es ya relativamente fácil, y estamos más cerca de terminarla que muchos otros países, por medio de una descentralización gradual y diferenciada, conforme a la importancia y desarrollo de las Secciones».

Se hallan todavía sin deslindar científicamente los servicios que deben correr a cargo de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios.

Quien ahora os habla hizo en ocasión semejante las siguientes observaciones sobre esta materia que respetuosamente somete de nuevo a vuestro ilustrado criterio.

En el año de 1910 las reformas constitucionales se orientaron hacia una mayor descentralización administrativa, y de entonces para acá las leyes sobre régimen político y municipal han venido concediendo facultades tanto a las Asambleas como a los Concejos, encaminadas a facilitar el desarrollo interno de los Departamentos y de los Municipios.

Hay, sin embargo, un gravísimo mal en todo esto, que desvirtúa casi por completo la descentralización conquistada: la enorme anarquía que se ha establecido en materia de gastos. No hay plan científico. El Departamento hace gastos que por su naturaleza misma deben ser nacionales; la Nación hace algunos que son de competencia exclusiva de los Departamentos; los Municipios dejan de pagar servicios directamente relacionados con su existencia y progreso y alcanzan que les sean sufragados por la entidad departamental.

De aquí nacen verdaderas antítesis: no hay nada menos nacional que un presupuesto de la Nación; nada menos departamental que un presupuesto del Departamento y nada menos municipal que un presupuesto del Municipio.

Entre otros males nacen de tal estado de cosas los siguientes: los Departamentos quieren vivir de la Nación y los Municipios se recuestan a vivir del Departamento.

Basta leer las leyes de rentas y gastos, las ordenanzas so-

bre la misma materia y los acuerdos municipales de ese ramo. Para muchos Departamentos una de las principales entradas la constituye la subvención o el auxilio que la República les otorga faltando a la justicia distributiva; para muchos Distritos el capítulo más importante del Presupuesto lo forma el de gracias y donativos del Departamento.

Esto hace imposible la organización racional y seria.

Se rompen los vínculos de la unidad nacional; se fomentan rivalidades; se pierde el carácter de nacional que debe tener la representación enviada a los Congresos y el de netamente departamental de la que se elige dentro de los Departamentos para las Asambleas.

Con el sistema actual se forman, en aquéllos y en éstas, centros de intriga parroquial que no tienen otra mira que los canjes de votos para obtener ventajas de índole seccional. No pueden aparecer ante sus electores como descuidados por el Municipio o región que los envió a *representar al Departamento* y a trabajar en su mejora.

Ante los grandes intereses generales de la Nación vienen preferentemente los lugareños; ante los principales asuntos que al Departamento interesan se sobrepone la necesidad de construir un edificio municipal o cualquier otra mejora semejante.

La liquidación final es clara: sin dinero para las reparaciones de los caminos y muchos servicios departamentales descuidados.

No hay duda que se impone reforma legal en esta materia. Que la Nación haga sus gastos, el Departamento los suyos y el Municipio los que le corresponden.

Que se haga el necesario deslinde en las rentas, de modo que ni el Departamento tenga que mendigar a la Nación, ni el Municipio que mendigar al Departamento.

Una vez así consultada la justicia; cortado de raíz el mal enorme de intrigas en que los Municipios que carecen de voceros hábiles, para esos manejos, nada sacan, y, en cambio, los que cuentan con personal técnico para ese fin logran cuanto desean, entonces, que se supriman los Departamentos que no puedan vivir y se eliminen los Distritos que no soporten la carga, dados ya los indispensables medios de obtener recursos sin extorsionar al contribuyente. Eso es lo justo.

Crear organismos débiles y que no dan ninguna garantía de firmeza, es procurarle trabas al progreso, más de las que la naturaleza misma de las cosas le tiende a su paso.

Nada vale la facultad de votar presupuestos si no se determina lo que se debe gastar en atención a la verdad y a la justicia en los servicios públicos, ni de nada sirve que se puedan establecer contribuciones si en éstas no hay un campo deslindado para que lo que hoy es del Departamento no pase mañana al Municipio o a la Nación.

Es indispensable que nuestros congresos realicen pronto la segunda etapa en esta gravísima cuestión, siguiendo el derrotero que preclaros estadistas han fijado para que sea una verdad la máxima de «Descentralización administrativa y centralismo po-

lítico».

En el estudio de lo que se refiere a la vida municipal colombiana puede marcarse también otro asunto que pide reforma.

Hemos copiado el viejo principio de la Revolución Francesa de que «siendo todas las municipalidades de una misma naturaleza y estando sobre un mismo pie en el orden de la constitución, llevarán en adelante el título común de municipalidades y se administrarán por unas mismas reglas».

El error es claro: facultades convenientes para un Municipio carecen de objeto en otro u otros; cargas que a unos les resultan llevaderas son excesivas para el de más allá.

Los autores han reaccionado contra la norma ya indicada. Gascón y Marín afirma que «la distinción se impone y no puede ser la misma la organización de los servicios en un pequeño Municipio que en una gran ciudad».

La Ley 72 de 1926 expedida por el Congreso Colombiano y algunas otras disposiciones anteriores marcan entre nosotros la tendencia ya experimentada de procurar a los Distritos facultades que armonicen con su estado social. En esa distinción hay que avanzar.

La municipalización de servicios de que brevemente hablé, exponiendo los principios teóricos, se abre paso en la República. En ese capítulo debemos marcarle un límite al interés y al afán de lucro para que se logren los beneficios del sistema sin sufrir sus inconvenientes. Que las empresas municipales tengan por objeto facilitar las comodidades y propender al adelanto sin espíritu de mera especulación comercial. Si se justifica la intervención del Estado en ciertas actividades hay necesidad de fijarle limitaciones que le impidan perjudicar a los ciudadanos en el libre ejercicio de sus actividades y evitar así posibles abusos.

La revisión de todos estos puntos y la práctica de las nuevas normas legales que el desarrollo progresivo ha de traernos quedarán confiados a la juventud y especialmente a la que se ejercita en las disciplinas jurídicas.

Las brillantes monografías presentadas para terminar el año escolar y el juicio laudatorio que han merecido de los Consejos Examinadores, manifiestan que en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas se adiestra para la vida un escuadrón de veteranos, llamado a reemplazarnos con ventaja y que en ellos puede la Patria depositar sus problemas y aguardar confiada la solución fecunda en un porvenir de grandeza.

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 contexto 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 *cujus*. 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 adquiriera 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».

Analícemos 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 superviviente 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: 1ª. 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 4º. 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. 2º. Art. 1095 en relación con el inciso 2º. del 1103 y el mismo del 1110). 2ª. 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 4º. 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 nullos 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 3º. 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 sugestionado 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 legítimaria, 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.

DE LA IMPORTANCIA DEL DERECHO ROMANO

(Párrafos de la INTRODUCCION al ensayo inédito titulado «El Derecho Romano en la civilización de Occidente»).

A mi distinguido profesor Dr. J. Emilio Duque, quien me ha hecho conocer y amar el derecho de Roma.

«Tres veces ha dictado Roma leyes al mundo, tres veces ha servido élla de lazo de unión entre los pueblos: por la unidad del Estado, en primer lugar, cuando el pueblo romano estaba aún en la plenitud de su poder; por la unidad de la Iglesia, en seguida, cuando cayó el imperio romano; y la tercera vez, en fin, por la unidad del Derecho, a consecuencia de la recepción del Derecho Romano en la edad media» (*). Y esa triple universalidad política religiosa y jurídica es la que dá la razón del trascendental papel que ha desempeñado la ciudad de Rómulo en la historia de la humanidad.

Si para Bossuet el Imperio Romano es tan sólo uno de aquellos reinos que la voz profética de Daniel hizo desfilar ante los ojos asombrados del babilónico Nabuk, para Occidente ha sido más, mucho más. Este último ha crecido con la vista fija en la admirable fábrica del Gran Imperio, la ha tomado por guía y modelo, ha copiado sus instituciones, ha imitado su organización, ha heredado sus ambiciones y sus anhelos, al par que muchos de sus temores y todos sus prejuicios. De esta manera, la monarquía universal, que un día realizaron los legionarios romanos, ha venido a ser la pesadilla política del hombre «fáustico» (**), y todos los esfuerzos de los monarcas occidentales han tendido a reconstruir la unidad del mundo bajo un solo dominio, desde los grandes Salios y Stauffen, hasta Gregorio VII e Inocencio III, y desde los Habsburgos españoles y los Borbónidas franceses hasta los Bonapartes, Romanoff y Hohenzollern.

En el terreno de la Religión la importancia de la ciudad Eterna es decisiva. Al culto pueril y primaveral que el buen Numa aprendió, cabe la fuente rumorosa, de labios de la ninfa Egeria, sucedieron los ritos cada vez más complicados y misteriosos, cada vez más crueles y lujuriantes, de las mil naciones subyugadas. El espíritu del hombre sintió vértigos de tantas contradicciones, erró entre las sombras de la duda y, ansioso de creer, quiso una fe sencilla y pura. Y surgió el Cristianismo. No en Roma, ciertamente; pero la unificación que Roma impuso al mundo facilitó la milagrosa propagación de la Buena Nueva; el poder y el prestigio de Roma empujaron a sus numerosos súbditos a abrazar la doctrina del Cris-

(*) Von Jhering: «Espíritu del D. Romano».

(**) Entendido según Spengler («La Decadencia de Occidente»), esto es: el hombre occidental, sediento de infinito.

to; en Roma fijó Pedro su sede; y, finalmente, de Roma han partido los ejércitos de los Papas-Reyes, las definiciones del Papa Infallible, las encíclicas del Papa-Sabio y las bendiciones del Papa-Eucarístico.

En fin, el Derecho de Roma ha devenido el basamento de todas las modernas legislaciones, y el molde admirable en que se ha vaciado la conciencia jurídica del Mundo Occidental. Para nosotros los indolatinos, en especial, es indispensable el conocimiento del Jus Romanum, que es el único hilo de Ariadna que puede conducirnos por las callejas laberínticas de la legislación criolla, sin el temor de extraviarnos en cualquier encrucijada. Porque no hay que perder de vista que España, fuente de nuestra legislación, como provincia del Imperio Romano se crió en el ambiente jurídico de las instituciones imperiales, y como dominio de los Bárbaros, herederos de Roma, siguió alimentándose — al caer el Imperio — con las leyes romanas del «Breviario de Alarico», del «Edicto de Teodorico», de la «Lex Romana Burgundionum» y demás monumentos legislativos en que el vencido espíritu romano impuso su dominio al vencedor. El derecho de Oriente, que aportó al acervo occidental trascendentales conceptos, tales como la familia cognática y las personas jurídicas, tuvo más bien escasa influencia en las leyes hispanas, y tanto en el «Fuero Juzgo» como en las «Siete Partidas», es predominante el ascendiente de la vieja Roma. La obra legislativa de don Alfonso el Sabio, eminentemente románica, imperó en Colombia hasta el pasado siglo; y, al emanciparse nuestra patria de la tutela ibérica, no se emancipó, ni podía hacerlo, del espíritu que ésta le infundiera, espíritu tallado a la española, vale decir, a la romana. Y al intentar nuestros legisladores implantar, con el Código chileno, un nuevo orden jurídico, hubieron de marcar de nuevo en los fecundos pechos de Roma: porque el Código Civil de Chile, que es el nuestro, es uno de los hijos legítimos del Código Napoleón, el cual no es otra cosa que la magistral versión al lenguaje jurídico moderno del Corpus Juris Civilis Justinianeus.

Por manera que el estudio del Derecho Romano se sale del terreno especulativo (a que la antipatía de los ignorantes cree tenerlo relegado) para convertirse en una ciencia práctica, eminentemente práctica. Pues, por ser este Derecho el fundamento de todas las legislaciones contemporáneas, con la única excepción del Código boishévike, constituye no sólo un lenguaje jurídico internacional sino una de las pautas más seguras de la exégesis legal.

Además, como veremos en el curso de este ensayo que ha tenido echar una ojeada retrospectiva al decurso de las veinte últimas centurias para convencerse de la influencia enorme que ha tenido el Derecho de Roma en todos los grandes movimientos históricos. Las invasiones, el feudalismo germánico, las libertades comunales, el *rinascimento*, el absolutismo de los reyes y de los papas, la evolución del concepto de Estado, el humanismo, la reforma, el fillosofismo, la gran revolución, las constituciones escritas, la democracia, el industrialismo, la cuestión social, la paz armada, la gran guerra, el movimiento fascista y el trágico experimento bolsheviki.

(*) Andrade: «El D. Romano en la civilización de Occidente».

ke, tienen sus últimos raigambres en las eternas creaciones y enseñanzas de los juristas de la Urbs Máxima.

Empero, «todo sistema, como toda organización, contiene en sí, al lado del germen de vida, el germen de la muerte» (*). Tal es el caso evidente de uno de los sistemas, de una de las organizaciones más maravillosas que hayan existido jamás: el sistema, la organización del Derecho Romano. Así como en él se apoyaron Bruto y Casio para combatir el despotismo hasta llegar al tiranicidio, él fue también el escabel de que se sirvió Octaviano para escalar el trono imperial. En él hallaron las comunas la fuerza para conservar su autonomía, y en sus enseñanzas encontraron los monarcas el medio de conculcar la libertad de los pueblos. La Revolución se amamantó con sus fecundos preceptos, y Napoleón lo enalteció en su «Código» para asesinar, con él, las instituciones republicanas. El produjo la «*pax romana*», y de él, como de la caja de Pandora, han salido después los gérmenes funestos de todas las rivalidades y de todas las guerras.

Sintetizando: El Derecho Romano es importante, con importancia capital. Porque es el fundamento de todas las legislaciones modernas; porque, como tal, es el único lenguaje jurídico genuinamente universal, y la pauta más segura de exégesis de la ley; y, finalmente, porque es la clave de todas las grandes mutaciones, de todos los movimientos benéficos o calamitosos, y de todos los avatares históricos de la humanidad.

(*) Ludovic Naudeau: «L'Italie nouvelle».

Andrade

CONCURSO DE DELITOS

(Monografía que obtuvo el tercer premio en el concurso de 1927).

HERNAN MONTOYA

ANTES DE EMPEZAR:

En el desarrollo del tema que escogimos para nuestra presente monografía, aunque si hemos tenido a la mano algunas obras de Derecho Penal que en gran parte nos han servido de guía, no por eso hemos renunciado el muy renunciado derecho de investigar y considerar por propia cuenta los diferentes y múltiples puntos controvertibles de esta rama del Derecho Público.

Y es que en una monografía sólo es dado quitar a los autores científicos los puntos salientes, para desarrollarlos el alumno mediante esfuerzo intelectual propio, y no usurpando lo que ya otros entendimientos más afortunados se han conquistado.

No pretendemos proclamar la exclusiva propiedad literaria del sencillo trabajo que presentamos, pero sí aseguramos que no es un conjunto ordenado de citas ajenas, usurpadas, sin signos de trasposición, de folletos, revistas o libros más o menos científicos.

Consecuentes con nuestras capacidades y considerando que la Ciencia del Derecho es más de demostración y experimento social que de simples teorías—que por lo general no son sino lo que se desea—, y que dicha Ciencia para ser aceptable como tal necesita, además de razonamientos exactamente científicos, la comprobación de éstos en el campo decisivo de la práctica, mediante hechos concretos, nos abstendremos de aseverar rotundamente sobre asuntos jurídicos, porque todo en Derecho es objetable y objetado, sostenible e insostenible, principiando por sus fundamentos mismos, y corresponde al criterio científico personal de cada cual adherirse a los principios que más lo seduzcan o que menos lo hagan vacilar.

Siendo, además, nosotros estudiantes aún carentes de criterio suficiente para apreciar con exactitud las teorías, por más que propongamos mantenernos dentro del círculo de una delicada y sostenida lógica, fácil es que inconscientemente caigamos en contradicciones y hasta en errores, más o menos notorios y censurables; pero de antemano hacemos constar que nuestras opiniones sobre el particular están sujetas a modificaciones si son incompletas y a retificaciones si fueren erróneas; siendo de advertir, además, que no siempre basta razonar bien para alcanzar el dominio de la verdad, sino que es menester conocer y mantener la serie científica, bien difícil tarea de cumplir, y más en quienes no estamos habituados a esta clase de disciplinas, impuestas con sobrados motivos racionales y lógicos por el Reglamento de nuestra apreciada Facultad.

MONOGRAFIA

PLURALIDAD DE DELITOS EN UN SOLO AGENTE. —

El acto externo humano, individual, considerado como una violación de las normas jurídicas que mantienen la armonía en el conjunto social, puede desde este punto de vista presentarse como un sólo acto simple violando un sólo precepto legal (homicidio en un particular); como un acto simple violando varios preceptos (homicidio en un representante de la autoridad); como varios actos cometidos con una sola resolución criminal y con una sola consecuencia dañina (delitos continuados); o, en fin, como varios actos cometidos en una sola acción con pluralidad de consecuencias dañinas (delitos complejos o conexos, según

definen otros autores). Fuera de estas formas de delito existen otras manifestaciones cuya naturaleza consiste en que a pesar de consumarse con una sola acción, esta es susceptible de durar más o menos tiempo, existiendo en su realización externa sin que sea necesaria una nueva intervención voluntaria de su autor, como la construcción de un edificio en lugar prohibido por las leyes de Policía (continuo permanente), o bien cuando el cumplimiento y la persistencia del acto material que constituye el delito, implique una constante, permanente intervención de la voluntad, tales como la detención arbitraria, el uso de insignias, de armas dentro de poblado, el encubrimiento.

Más no siempre un sólo acto basta para constituir un delito: la Ley, atendiendo al poco perjuicio social que ciertas actuaciones del hombre producen, considerando en sí misma—según parece—la naturaleza humana y erigiendo por norma la tolerancia, ha exigido o ha aguardado para la aplicación de la sanción penal, que el agente haya repetido más o menos veces o durante un tiempo determinado, sus actos, que aisladamente no castiga, pero que como serie de los mismos, como signo de un arraigado hábito en el agente, sí está en la obligación de reprimir. Estos delitos, en abierto contraste con los simples, son llamados *colectivos o de hábito*, por lógica deducción del modo como se producen.

DELITO CONTINUADO.—El que mata de un disparo a un solo individuo, el que con un solo arrebato despoja a alguien de su caudal, delinquen con un solo acto y única es la lesión jurídica que causan. El que mata con varias puñaladas, el que roba o hurta tomando en varias veces lo ajeno, delinquen con sólo una acción, aunque sean varios los actos, aunque aquélla se haya prolongado más o menos tiempo en su consumación. A pesar, pues, de la pluralidad de actos, en una misma acción del agente, la razón dice que siendo uno solo el objetivo inmediato, y una también la intención de aquél, no hay lugar a considerar más que una violación. «Será preciso investigar dice a este respecto el penalista Carrara—si el acusado de abusos deshonestos, se limitó a un sólo tocamiento, o puso repetidamente su mano impúdica sobre la virgen? «Será preciso determinar si el que se subió sobre el árbol ajeno, cogió sólo una manzana o cogió dos? Si el que injurió o amenazó, profirió sólo una palabra ofensiva o más de una? Verdaderamente los actos fueron varios y cada uno de ellos contiene en sí todo lo necesario para constituir un delito completo. Pero con esta rigurosa exactitud se caería en lo ridículo, si se igualase la *multiplicidad de los actos a la multiplicidad de las acciones*».

Nada más racional que esta evidente observación del citado expositor, pues si fuéramos a castigar a Pedro, por ejemplo, por el hurto de un millón de pesos, sustraídos moneda por moneda del cofre donde su dueño los tenía, como cada sustracción constituiría un delito, la vida de Pedro por su cortedad burlaría la sanción penal que se le aplicara.

Después de poner como ejemplo de delito continuado la destrucción de una obra de arte por medio de una serie de mar-

tillazos, el tratadista alemán A. Merkel, probando la unidad de estos delitos que no quieren reconocer la unidad del delito continuado, deberían admitir, en el caso que nos ocupa, una consecuencia de ello interponer en las acciones para cada uno de los golpes dados una demanda distinta y especial do del Juez que impusiera una pena propia y adecuada a cada uno de los golpes o actos, con lo que se le pediría que desempeñara una misión imposible y siempre inútil porque le apartaría de lo que en realidad tiene que hacer, que es apreciar el significado completo del hecho considerado como un todo unitario».

Para que el estudio sobre el presente punto tenga algún interés práctico, tomemos un caso particular de ordinaria ocurrencia, para demostrar así, ejemplativamente, la unicidad del delito continuado. Sentemos, pues, la siguiente

HIPOTESIS: Pedro sustrae fraudulentamente, en el curso de un mes, veinte sacos de café, de un determinado depósito. (Pedro ha cometido uno o varios delitos?).

Ante todo, demos por demostrado o aceptado el más simple postulado de responsabilidad penal, o sea, el que todo delito consta de un elemento intelectual, de un elemento material y de un sujeto pasivo. La falta del primer elemento dá al delito el carácter de *acto del hombre*, sin trascendencia estrictamente penal de ningún género —según la escuela clásica; su sola existencia por más pervertida que sea la intención, escapa a la calificación de los hombres, mientras no se revele o tenga una proyección de su vida en el mundo físico. La existencia del tercer elemento es condición igualmente indispensable para que una acción revista la índole de delito; pues a quién se le antojará decir que quien coge lo suyo comete hurto, o que quien dispara sobre un cadáver comete homicidio, por más que estos modos de obrar obedezcan a un error de apreciación en el agente?

Aunque los animales y las cosas no son ni pueden ser sujetos pasivos de delito, son objetos de éste y el hombre tiende a ellos con prescindencia de su dueño y puede que hasta con remordimiento de perjudicarlo.

El elemento medio, o sea, la acción, queda demostrada desde que es un mero movimiento físico, la acción de los músculos puestos en actividad y al servicio de la concepción interna.

El primer elemento puede ser el fruto de un arrebató espontáneo, seguido en ocasiones de inmediato arrepentimiento, o puede ser un proceso mental de una persistencia más o menos larga, que va progresando o disminuyendo en intensidad a medida que entra en el campo de la realización, o a medida que el tiempo va transcurriendo. Esta intención necesariamente debe tender a un fin, a la aprehensión de algo externo, uno o múltiple no importa, y en virtud de esta tendencia, la relación existente entre los dos elementos extremos es íntima y más a menos bien manifiesta cuando se estudian y analizan las acciones que los unen. Estas acciones que son exteriorizaciones perceptibles del

intento criminal, son como puentes de unión entre intención y objeto, tan múltiples y reiteradas como lo sea la concepción mental que les dá vida.

Por esto, de una sola intención prolongada —y la intención puede persistir más o menos tiempo según el carácter y la calidad moral del individuo— pueden surgir varios actos tendientes a un mismo objeto.

En el caso que contemplamos, en la hipótesis propuesta, Pedro sólo ha cometido un delito y no varios delitos sucesivos, no tantas cuantas sustracciones verificó, porque las diversas y continuas repeticiones no son más que los diversos momentos en que se descompone y desarrolla una sola resolución criminal. No son más que partes de una gran consumación que ha tenido su origen y su vida en una única intención.

El delito no será de los que se verifican por un solo simple acto, como un disparo que mata, no será *instantáneo* sino *continuado*, por el modo mismo como se verifica; pero de la pluralidad de actos, de medios comprendidos dentro de unos mismos términos, no se puede deducir pluralidad de delitos, aunque por la persistencia en el intento, por las muestras que el delincuente dá con ello de su nociva conducta social, se deberá fijar en una escala más alta la penalidad de esta clase de violaciones. Gráficamente compara el delito continuado don Bernardino Ali-
mena con ciertos animales inferiores, los pólipos, los cuales son únicos, y sin embargo, cortados en pedazos cada uno de éstos reproduce el animal entero.

Por consiguiente, hay acciones humanas que se subdividen en varios actos delictuosos que no tienen la misma unidad ni de tiempo ni de lugar, pero sí de naturaleza con el hecho o acción primordial. Así el que mata a otro de varias puñaladas, ejecuta una acción en varios actos, tendiente a la violación de un mismo derecho: la vida ajena; pero con ello no se ha cometido más que un delito: el homicidio. El que ha sustraído (y así contestamos la interrogación abierta) veinte sacos de café de un depósito, aún en días diferentes, ha ejecutado veinte actos que integran juntos una sola resolución criminal.

La Misión Penal Italiana consignó el principio que venimos sosteniendo, en el siguiente artículo, copia fiel aunque con ligeras modificaciones del mismo artículo que el Dr. Concha y la Comisión Revisora habían incorporado en sus respectivos proyectos. Dice así la disposición a que nos referimos:

«Art. 29. Se considera como un solo delito continuado la infracción repetida de una disposición penal, aunque ésta se haya cumplido en tiempos diversos, si aparece que sea ejecución del mismo designio, pero la pena establecida para el delito debe aumentarse de una tercera a dos terceras partes...» En síntesis: la unidad de resolución, de fin del agente, de derecho violado, marcan la índole del delito continuado, de cuya calificación jurídica se desprenden dos consecuencias de notable trascendencia:

1°. No hay lugar a cúmulo de infracciones, sino un delito único con una sola pena por sanción; y,

2ª. La prescripción de la acción contra el delito arranca de la sensación de la última de las ejecuciones.

DELITOS COMPLEJOS. - «Es indudable—dice Pessina—niega este orden el que más veces delinque»; y por eso es un principio que no admite discusión el consignado en muchas legislaciones de que la pluralidad de delitos aumenta la delincuencia del culpable.

Por varios caminos puede llegarse a la violación de dos o más normas protegidas por diversas disposiciones de la ley penal:

1ª. Cuando coexisten varios deberes o varios derechos que respetar, violados con una sola acción, fenómeno éste denominado en el terreno jurídico con el nombre de *concurso formal o ideal*; así tiene lugar en el conocidísimo ejemplo del empleado público que distrae valores a él confiados, quebrantando la relación jurídica del derecho de propiedad, además de violar sus propios deberes de funcionario. Igual cosa sucede con aquel que injuria, hiere o mata a un representante de la autoridad, quebrantando el derecho de la personalidad y conculcando el respeto debido a aquélla.

2ª. Cuando en una sola violación se actúan varias intenciones criminosas. Como en el caso del que con un sólo disparo mata voluntariamente a dos personas o mata también voluntariamente a una y hiere a otra.

3ª. Cuando se funden el medio y el fin, constituyendo cada uno de ellos por sí mismo la violación de un derecho; como cuando alguien mata para robar, o incendia para matar.

Abordemos el estudio de cada una de estas tres manifestaciones por el cómodo sistema de la ejemplificación, a fin de ver si existen tantos delitos distintos cuantas son las disposiciones legales violadas, o cuantas veces se viola la misma disposición o si existe un sólo delito con tantos aspectos cuantas son las disposiciones legales violadas, o como veces se viola la misma disposición.

HIPOTESIS: *Pedro da muerte violenta a un representante de la autoridad:* Cuando las normas que tutelan los bienes jurídicos son tan inseparables que aunque se quiera violar una sola resultan las dos violadas, cuando la materialidad del delito no aumenta ni disminuye porque se deseen las dos violencias o sólo se quiera una, cuando la voluntad del agente es de antemano incapaz de determinar, de limitar el resultado de su acción debido a la inseparabilidad de las normas que castigan un mismo hecho que afecta dos órdenes jurídicos, cuando esto sucede, no puede, no debe en nuestro concepto, decirse que se ha cometido más de un delito.

La inseparabilidad de las normas tutelares, la impotencia del agente para separar los resultados de su acción, la unidad material del hecho apesar del deseo de su división, deben ser motivos de reflexión en el delincuente, índices que de antemano le dicen la gravedad de la realización de su intento, y por consi-

guiente, *si sabiendo* las circunstancias en que delinque y las consecuencias que de ello se siguen, ha querido faltar al derecho, responda de su acción; pero para hacerle efectiva esta responsabilidad no se diga que ha cometido tantos delitos cuantos perjuicios cause, ni hay necesidad tampoco de crear un nuevo delito más metafórico que positivo y en realidad absorbido ya por otro que si es real, basta agravarle la pena que por éste le corresponda; y de éste modo si el agente al matar no sólo ha violado la personalidad del individuo, eliminándola, sino que también *a sabiendas* ha desconocido el derecho de no menor categoría: el que la autoridad tiene de que se le acate y respete, comparece a responder por los desequilibrios que en los elementos de sociedad ha producido. Porque, ciertamente, «la seguridad del Estado y la vida o la libertad de las personas—según dijo el doctor Rueda Concha, en una de las sesiones de la «Comisión Revisora» son dos bienes jurídicos específicamente distintos y cada uno de ellos por separado debe ser objeto de la tutela penal. Así como se protege con sanciones penales la vida y la integridad de los individuos, así se protege con sanciones penales la seguridad del Estado». Y consecuente la Comisión con esta teoría consignó en su proyecto una aparente dualidad de delitos en los actos que consideramos. Hemos dicho que consignó una aparente dualidad de delitos porque si para una misma acción estableció dos sanciones fué porque en ella vió la violación de dos órdenes sociales procedentes de un solo delito y la necesidad de amparar uno y otro órdenes.

Las disposiciones propuestas a que nos referimos dicen:

«Artículo 11º. El que quite la vida o la libertad y que cause cualquier otro daño en el cuerpo al Presidente de la República o al Encargado del Poder Ejecutivo, *a sabiendas* de que lo es, incurrirá en la pena de uno a diez años de presidio.» Se entiende que la aplicación de esa pena es sin perjuicio de la que le corresponda por el delito cometido, considerado el representante del Poder como simple particular.

«Art. 176. En todos los casos no previstos por disposición especial, al que cometa un delito contra un empleado público por razón del ejercicio de sus funciones se le *agravará la pena* que le corresponde por el delito cometido de la sexta a la tercera parte».

La misma tesis sostiene el Dr. José Vicente Concha en su Proyecto de Código Penal, cuando dice:

«Art. 175. En todos los casos no previstos por disposición especial al que cometa un delito contra un miembro del Congreso o contra un funcionario público por razón del ejercicio de sus funciones se le *agravará la pena* que le corresponde por el delito cometido con un aumento de la sexta a la tercera parte».

Los Art. 256 y siguientes del C. Penal vigente señalan penas especiales para los que *a sabiendas* cometen atentados contra los funcionarios o empleados públicos, siempre que no «aparezca claramente» que el delito ha sido motivado por un hecho personal independiente del carácter oficial del ofendido. Y expresamente dice el Código que las penas prescriptas para los ca-

sos que indica, «se aplicarán *sin perjuicio* de las demás en que incurran los reos» por los daños, ofensas, ultrajes e injurias hechas a las personas en su calidad de particulares.

Aunque del tenor literal de las disposiciones vigentes y no del que el legislador hubiera previsto o contemplado en estos casos dos delitos, creemos nosotros, interpretando el espíritu y el contexto general de los precitados artículos, que la única intención que tuvo fue señalar agravantes especiales para aquellos delitos de cuya objetividad material se desprenden violaciones de diferentes órdenes. Más esta justa doble previsión del legislador no ha de llevarnos a decir que contempló dos delitos donde no hay más que uno; querrá decir, sí, que quiso brindar más garantías de seguridad a aquéllos que en sí encarnan más o menos los derechos políticos de una colectividad, o los derechos morales de una secta religiosa.

De la comparación y análisis que se haga de numerosas disposiciones penales vigentes consignadas en diferentes títulos del Código se podrá ver que si bien el legislador olvidó considerar un buen número de casos en que esta concurrencia ideal se opera, sí tuvo en mira al calificar ciertos hechos, exigir del delincuente una doble satisfacción expiatoria, por haber roto los vínculos de dos relaciones jurídicas, y sobre todo, los vínculos de aquellas normas que tutelan los principios fundamentales en que reposan el orden y la tranquilidad sociales.

Siguiendo las huellas de avanzadas legislaciones y adoptando un sabio criterio de general conveniencia, ha llegado nuestro Código a señalar penas especiales para el que con palabras, acciones o gestos ultrajara o escarneciere «o de cualquiera otra manera turbare o interrumpiere el ejercicio de cultos religiosos permitidos en la Nación», amparando de este modo arraigados sentimientos más o menos universales que forman el fondo de nuestra alma y constituyen nuestro preciado patrimonio moral, no menos digno de respeto que el movable patrimonio físico. (Art. 198 y siguientes del C. Penal).

No pasaremos por alto el olvido del legislador colombiano al no prever el homicidio cometido en la persona de un ministro de religión permitida en la Nación, señalando sólo los casos de heridas, maltratos de obra, ultrajes e injurias cometidos contra tales personas. (Art. 288).

La Comisión Revisora más previsiva y explícita sí consigna en su Proyecto aunque tácitamente el caso olvidado por el legislador del año noventa; al decir aquella:

«Art. 129. El que por menos precio a un culto permitido en la Nación, destruya, derribe o de cualquiera otra manera profane en un lugar público los objetos destinados al culto; y cualquiera que violente o vilipendie, en caso no señalado expresamente por otra ley a un ministro del culto, será castigado con prisión por uno a veinte meses y diez a cinco pesos de multa.

«Si se trata de otro delito cometido contra el ministro de un culto en ejercicio o con motivo del ejercicio de sus funciones, la pena fijada para el delito se aumentará en una sexta parte».

Creemos haber demostrado la tesis de la *unicidad* del delito en esta primera clase del concurso llamado *ideal* o *formal*, con las razones aducidas y con las disposiciones vigentes y no vigentes que con ese intento citamos y transcribimos, algunas de las cuales expresamente hablan de penas agravantes.

HIPOTESIS: Pedro de un solo disparo voluntariamente dá muerte a una persona y hiere a otra. (Una sola acción viola diferentes relaciones jurídicas separables una de otra, de tal modo que origina varias causas de responsabilidad).

Tácitamente enunciamos en el desarrollo de la hipótesis primera que la unidad en la intención, la tendencia a la violación del derecho por un solo aspecto y la unidad en el sujeto pasivo de un delito (recuérdese el ejemplo de la destrucción de la obra de arte por una serie de martillazos) le dá a ese carácter de único, aunque sean varios los actos que un agente execute para consumarlo; por consiguiente, cuando el delincuente en el mismo instante y en la misma acción dá varios golpes o causa varias heridas a la misma persona, habrá cometido un delito complejo por su naturaleza, más la unidad de éste a pesar de la pluralidad de actos, no se ha perdido.

Pero si Pedro de un solo disparo mata y hiere a la vez, no se comprende cómo no puede decirse que haya un solo delito, pues si mata y hiere, responderá de homicidio y de tentativa, de delito frustrado o de heridas, voluntaria o involuntariamente cometidas, según el caso; y si causó dos muertes, cometió no un homicidio, aunque se le llame complejo, sino dos homicidios, voluntarios ambos, o voluntario el uno e involuntario el otro.

Y no se diga que la unidad de acción y una sola intención del agente son motivos que excluyen la pluralidad de delitos, porque un homicidio puede existir, de acuerdo con la misma ley, sin voluntad directa del que lo ejecuta (Arts. 539 y 590 del C. Penal); y porque el delincuente puede, merced a su ingenio y a su disciplina criminal, simplificar, acordar los medios las acciones que emplea para desarrollar su malicia: Si para matar a dos enemigos (y el caso se ha presentado), Pedro coloca la puntería de tal suerte y comodidad que de un solo disparo los prive de la vida; o si ávido de darle muerte a toda una familia (y el caso, (no por «rebuscado» es imposible), envenena sus alimentos o una fuente, habrá por estas circunstancias de simplificación activa del delincuente cometido en un solo homicidio, en el primer caso, o un solo asesinato, en el segundo? Por qué se dice que hay un solo delito, aunque se le llame más grave y complejo? No nos convence ni conforma el aducidísimo argumento de que estos delitos, lo mismo que aquellos que están unidos entre sí de medio a fin, de causa a efecto, se unifican en la conciencia del reo, porque éste en cada uno de los dos ejemplos propuestos, vé los delitos distintos y separados unos de otros (y así tiene obligación de verlos, salvo que esté demente), y sólo por comodidad en su ejecución y hasta por medida preventiva cuando su «prudencia» se lo aconseja, los úne entre sí al exteriorizarlos en el mundo físico.

Admitido el concepto que criticamos sería preciso concluir

— como lo anota el penalista Bernardino Alimena que quien debiera asesinar a las personas que le disputan una herencia, comete un solo delito, pues todos los homicidios se unifican, se funden en su conciencia en un fin único: el lograr para sí la herencia. Las determinaciones han sido tantas como las muertes que se han querido, sin que importe el que hayan nacido en un solo momento o en momentos sucesivos, y las objetividades han sido tantas como las muertes. Nada importa, se repite, que el reo se ahorre «molestias» en la ejecución de acciones sucesivas, sirviéndose por comodidad de realización de una sola acción, sintética.

HIPOTESIS: Pedro mata a Juan para robarle su caudal.
(Tercer caso de la llamada concurrencia ideal).

La pluralidad de los objetos pasivos, (1) o la tendencia a la violación del derecho por diferentes aspectos, excluye la simple unidad de intención en el agente y la unidad objetiva del delito, por más que éste se manifieste en una sola acción o en diferentes actos unidos entre sí con relaciones de medio a fin o de parte a todo: En un homicidio, en una violación, en unas heridas, cuando hay varias personas ofendidas, cada hecho tiene en sí y separadamente los elementos constitutivos de un delito. Desde el punto de vista subjetivo, es cierto que quien con una resolución única decide coger cien cosas, tiene la conciencia de un solo hurto, ya las tome en una sola vez, ya en varias veces; pero el que con una resolución única resuelve matar varias personas, no creemos que tenga la conciencia de un solo homicidio sino la de tantos cuantas personas sean ofendidas; y es porque, en el primer caso basta una sola determinación inclinada a la violación del derecho por un solo aspecto (el de la propiedad) y en contra de manera inmediata de un solo o de varios sujetos pasivos, mientras que en el segundo caso es preciso que en el agente haya varias resoluciones, varias separaciones en la intención criminal, intervalos más o menos cortos de reflexión en el delincuente que tracen en su imaginación, aunque sea con la rapidez de la mirada, el proyecto que pone en vía de realidad. La falta de estos momentos o intervalos de reflexión a nadie excusa, fuera de los casos previstos por la ley, para responder de sus actos. (Arts. 2, 17, 589, 590, 662, 683 etc., del C. P., 1705 del C. J.) Esta división de la intención o del dolo criminal, esos «*iter criminis*» que llaman los criminalistas se revela en la mayoría de los casos en las actuaciones mismas del delincuente, cuando predispone de tal suerte el instrumento de ofensa que le sirva para causar varios males mediante una ejecución material, o cuando se arma de tal manera que tenga comodidad para varias agresiones a un tiempo mismo, como cuando alguien usa veneno para causar la muerte a toda una familia, o como cuando, pistola en mano, divide los tiros entre sus enemigos. Es evidente que en estos casos en su conciencia se reflejaron de antemano tantos delitos cuantas muertes causara; como también debe reflejarse en la conciencia de un delincuente que en un

(1) En delitos contra las personas.

tumulto de gentes hurta o roba efectos a diferentes personas, pues aunque haya cierta relativa unidad de tiempo y de lugar, el fenómeno de la *continuidad* ha desaparecido porque entre violación y violación la intención maliciosa del agente se ha dividido.

Que por la estrecha conexión de unos delitos con otros, por la simultánea concurrencia en el intento del agente y por como-unidad de clasificación técnica se diga que hay en ciertos casos unidad de delitos, es cuestión aceptable y diversa de decir que no hay sino un delito: el que concibió como finalidad exclusiva el delincuente, siendo así que los actos medios que le sirvieron de vía para la consumación del mayor o deseado, revisten también los caracteres de éste, aunque no sacien por sí la venganza o la codicia del agente, aunque le sean indiferentes; pero de su intelecto nacieron, vivieron y salieron, en su conciencia se proyectaron con personalidad propia, aunque su aparición en el campo de lo perceptible, esté más o menos pendiente de la vida de otra concepción o de otra realidad.

Siguiendo al expositor Bernardino Alimena, creemos que el delito medio no desaparece ante el delito fin, porque al contrario, «no solamente es necesario querer esto y querer aquello, sino que la experiencia nos dice que muchas veces no queremos el fin porque nos repugna el medio. Si tanto el delito medio como el delito fin tienen su personalidad y son queridos individualmente y cada uno tiene su propia objetividad, no se comprende cómo de dos delitos quede uno, aun cuando sea más grave, solamente porque un medio los úna».

La finalidad exclusiva del agente en sus actuaciones delictuosas no puede, en nuestro concepto, servir de norma para la demostración de la existencia de los delitos, porque con este criterio sólo sería delito y castigado como tal el que el agente se propuso como final realización de sus pretensiones, despreciando así en favor del delincuente el derecho que la sociedad tiene de exigir de sus integrantes, cuenta de todos y cada uno de sus procederes nocivos.

«Relaciones de naturaleza meramente subjetiva —dijo el profesor alemán A. Merkel— no pueden engendrar unidad entre distintas violaciones jurídicas. No puede engendrar esta unidad la circunstancia de que el delincuente mismo considere estas violaciones como *enlazadas entre sí* (subrayamos), ni el que las mismas *sirvan a un fin idéntico* que caiga fuera de los caracteres constitutivos del delito, según la ley, ni el que la resolución de cometer una infracción jurídica se *haya tomado al mismo tiempo que la resolución de cometer otras . . . El punto de vista del derecho no es el punto de vista del delincuente*. Lo que para este último se presenta como una unidad no es preciso que se le presente del mismo modo también a aquél». Y explica su anterior concepto diciendo que la circunstancia de que los delitos de un ratero o de una cuadrilla de ladrones nazcan de una sola resolución, puede tenerse en cuenta para el castigo, pero a los delitos cometidos no les quita nada de su significación independiente, ni los torna en elementos constitutivos de un de-

lito único. Por el contrario, un hurto con factura no pierde su unicidad en frente de la ley porque el autor lo interrumpe atemorizado por un ruido que cree oír, para continuarlo cuando se convenga de su alucinación.

Sin embargo de todo lo dicho, muchos criminalistas como Carrara, Pessina y Vidal, sostienen que una sola acción no puede dar lugar a dos delitos, ni tampoco dos acciones pueden dar lugar a ellos, cuando los hechos que los constituyen están ligados por el vínculo de medio a fin. Dice Carrara—citado por Aliena—que «si el reo no tiende más que a un solo fin con el que viola un derecho, y se vale de la violación de otro fin como medio para alcanzar aquél, existe un solo delito, porque si los hechos se mirasen como dos delitos cuando el acto es uno, se imputaría dos veces la misma determinación. El elemento intencional imputado en un delito volvería a ser repetido en el segundo».

Esta es la teoría rebatida que a pesar de llamar *delitos* los actos del delincuente, sólo le castiga aquél que satisfizo su codicia o sació su venganza, dejando impunes sus demás acciones antisociales, porque se encaminaron a la realización del directamente querido. Pessina dice que «en este caso es verdad que hay dos delitos que vienen a ser uno en la conciencia del agente por razón de aquel vínculo que enlaza el uno con el otro: el *nexus* entre el hecho punible que sirve de medio y el que constituye el fin del delincuente unifica las dos delincuencias en un solo delito que puede llamarse complejo. Aquí hay un delito acompañado de una causa intrínseca de agravación: el ser medio, ocasión o consecuencia de la perpetración de otro. Así el homicidio a consecuencia de un robo forma un delito complejo que se denomina robo acompañado de homicidio, pero no presenta dos delitos independientes el uno del otro, como sucedería en el caso de aquel que roba y mata sin que haya vínculo de ninguna clase entre el homicidio y el robo . . . » «En este caso—continúa—si bien hay pluralidad de delitos por la existencia de aquel vínculo, los delitos pueden *distinguirse*, el uno del otro, pero no separarse ni en la conciencia del reo ni en la llamada objetividad del delito».

No obstante este sentir de autorizados tratadistas, continuamos creyendo que en cada caso integrante de los delitos que llaman *complejos* el agente necesita de una determinación dirigida al fin y de otra dirigida al medio, y si tiene necesidad de estas determinaciones tiene conciencia de que son dos actos, que aunque inapetecible el uno, debe realizarlo para lograr el otro.

El principio que venimos sosteniendo aun contra expresas disposiciones de la ley penal—según adelante lo comentaremos—merece sin embargo una reserva cual es el que hay hechos que se consideran, no ya como meras circunstancias agravantes, sino como elementos constitutivos del delito mismo: La tercera edad que en el delito de homicidio es agravante (Ordinal 1º.

(Concluirá)

AUTO REVOCATORIO

dictado en el juicio por blasfemia contra Eladio Osorio, y salvamento de voto del Dr. Tobías Jiménez. Magistrado ponente, Dr. Bernardo Ceballos Uribe.

(Conclusión)

ciarlas, complejo y delicado problema éste que sí se ahondará, pero cuando se revise el fallo que recaiga en el presente juicio. Entonces, se comentará una importante sentencia de la Corte Suprema, relativa a tal intención y susceptible de importantes distingos.

De los testigos que aquí informan sobre el hecho, la Sala quiere, para mejor ilustrar el caso, aprovechar algunos datos importantes: los deponentes Mesa y Estrada citados, dicen que condujeron a Osorio a la cárcel porque se encontraba embriagado y porque no les fue posible que se quedase en el hotel a donde primero lo condujeron; y que en la conducción «iba haciendo oposición, pues trataba de zafárseles». Obsérvese que estos testigos, que sí estuvieron en contacto con el hombre, no dicen que la embriaguez de Osorio, fuese absoluta, total; y obsérvese, además, que Osorio sí sabía para dónde lo llevaban, al propio tiempo que comprendió que estaba mejor en la calle, él sabía por qué, que en el hotel a donde había sido conducido.

Por su parte, el acusado - fs. 7 - llamó a varios testigos para preguntarles si era cierto que el día de su encarcelación él «se hallaba completamente enajenado o en estado de locura, es decir, si no era la embriaguez lo que lo dominaba sino la locura»; preguntó también a los doctores Jaime Orozco y Julio Quintero para que dijese «si estando él en estado de embriaguez o mejor si habiendo tomado licor, por virtud de su organismo y cerebro, pudo convertirse en estado de locura, hasta no darse cuenta de lo que hiciera y no obrar cuerda ni voluntariamente». Dichos peritos, de quienes no sabe la Sala que sean médicos psiquiatras, contestaron así: «Creemos que en algunas personas el estado de embriaguez produce una intoxicación capaz de determinar en ellas un estado de inconsciencia que no les permite obrar cuerda y voluntariamente. Con respecto a Osorio a quien hemos examinado, creemos que sus antecedentes traumáticos no tengan influencia ninguna en la pérdida del conocimiento que dicen le ocasionan la embriaguez». Y los testigos a quienes se llamó a dictaminar sobre tamaño de dato, se dividieron: Jesús María Palacio y Luis Rosendo Cuervo—fs. 8 y 10—dijeron que Osorio se hallaba completamente ebrio, pero «no loco», y Luis F. Montoya y José Vicente Cuervo—éste no saber firmar—expusieron a fs. 9 y 9 vto., que su interrogante si se encontraba «enajenado» o en estado de locura a consecuencia del licor que había tomado.

¡Qué pueden saber aquellos sencillos deponentes, uno de ellos analfabeto, de lo que son psicopatías, qué pueden saber de

estados de responsabilidad! Para formar la Sala su criterio poca luz le han dado los testimonios de aquellos cuatro declarantes; sus dichos contienen lo que los dialécticos llaman sofismas de indistinción, y deben desecharse legalmente porque es ajeno a la prueba testimonial todo aquello que implique juicio de apreciación por parte de los testigos, que aquí cambiaron su papel de narradores de hechos para tomar el de ajenistas. Y los peritos Orozco y Quintero, citados, para decir que en Osorio la intoxicación alcohólica llegó al extremo, expresan que «así parece demostrado según el contexto de varias declaraciones».

Ya se dijo, pero se vuelve a repetir, que la embriaguez se presume voluntaria siempre que no se pruebe o resulte claramente lo contrario y mientras no se establezca que proviene de fuerza o violencia hecha al reo, o de circunstancias pura y exclusivamente ocasionales. ¿Y se probó que era involuntaria, es decir ignorando que al beber se embriagaría y que podría causar daños, él que conoce su «organismo» y que sabe que no obra cuerdamente cuando se entrega a las libaciones? ¿O se demostró, acaso, que por tomar alguna bebida inofensiva le hubiesen suministrado aguardiente, o se estableció que alguien violentara al reo a ingerir licor, a él, que no quiso quedarse en el hotel de que se habló? Nada de esto aparece. En cambio, y conjeturando racionalmente, la Sala cree que Osorio quiso beber ese día, porque hacía tiempo se hallaba sometido a forzada continencia: según de las diligencias que obran al dorso del folio 3 ese hombre estuvo preso, por otra blasfemia como ya se dijo, desde el 3 de Julio de 1.926 hasta el cuatro de Septiembre de ese año, fecha en que fué puesto en libertad, y de la cárcel salió para embriagarse y para blasfemar nuevamente.

La jurisprudencia, que no es otra cosa que la aplicación de la filosofía para la conservación de la justicia y de la moralidad en las sociedades humanas, ha contemplado ya el importante tópico que se elucida. En el número 318 de la «Gaceta Judicial» del Tribunal de Cartagena, corre publicada una muy erudita sentencia de esa Corporación, y allí se lee: «La embriaguez es involuntaria y puramente accidental cuando el delincuente ignora la acción embriagante de las bebidas de que ha hecho uso». Y Osorio, ya se vió, sabe que no «obra cuerda ni voluntariamente» cuando ingiere licor. Es más. Bajo el número 1.493 de la obra «Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Colombia», se lee: «La embriaguez voluntaria de que trata la ley, como circunstancia agravante, no es solamente la que se hace con el propósito deliberado de cometer una falta. Lo más acertado es estimar la embriaguez como la habitual y la accidental como involuntaria». Y Osorio, no de otro modo que por hábito suyo, es por lo que conoce los efectos desastrosos que produce el alcohol en «su cerebro y organismo», según propia manifestación suya. No cabe, pues, en el caso de Osorio ninguna suposición infirmitativa que le sea favorable.

Debe la Sala, en este punto, formular las siguientes observaciones generales:

1ª. Los testigos Mesa y Estrada, citados atrás, en sus últi-

mas declaraciones ya vinieron a decir que la ebriedad del indiciado era perfecta, lo cual manifestaba, dicen, en «su paso vacilante», en su «rostro demacrado», y en su «aliento impregnado de licor». ¿Y no son éstas las manifestaciones sintomáticas de todo ebrioso?

2ª. La tesis que aquí se esboza es, seguramente, la más ajustada a la ley colombiana, y optar por la contraria, equivaldría a conceder pasaporte de irresponsabilidad a quienes violan la ley en estado de embriaguez, es decir, a la mayoría de los delincuentes.

3ª. Las razones que alega el señor Magistrado disidente, con todo y ser muy respetables, no han convencido a la mayoría de la Sala y se salen de los Artículos 30, 118 y 203 del C. P. Ya verán los Jueces, al enterarse de aquellas razones, y de las expuestas en este fallo, cuáles de ellas consideran más acatables y jurídicas; y

4ª. Los señores médicos que aquí expusieron como especialistas, lo sabe el Tribunal, aún no se han doctorado.

Para terminar y siguiendo de cerca a muy profundos autores, el Tribunal no puede ver en Osorio: ni al monómano ebrioso en el cual el deseo de beber es instintivo, irresistible, imperioso, sér éste que sí pierde la razón cuando se embriaga; ni al alcohólico total que cede siempre y fatalmente a su pasión y que necesita para serlo una condición y un carácter orgánico completamente degenerado, al igual que los histéricos, los epilépticos o los locos afectivos, séres éstos siempre irresponsables; nó, el reo de autos aparece como un simple *borracho*, más o menos irascible, ajenos a impulsos morbosos, casi inofensivo, incapaz de sentir el impulso homicida del epiléptico o el acto monstruoso de cohabitar con muertos, propio del loco moral; ni el deseo irresistible de atropellar niños o ancianos, natural en el imbécil. Osorio es el borracho de todos los días, el de todas las cantinas, el que no falta de las reuniones en donde haya juegos, bailes y toda clase de jolgorios.

Por todo lo expuesto y porque se desatendería a la ley y se produciría el caos en la jurisprudencia, la Sala rovocará el auto en revisión: en el caso de autos se trata de un beodo que pudo comenzar charlando pero que terminó comprometiendo su responsabilidad, en los términos del Art. 1627 del C. J.

Así los hechos y en desacuerdo con el señor Fiscal la Sala, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca el sobreseimiento en revisión y en su lugar llama a responder en juicio criminal, por los trámites de la vía ordinaria, a Eladio Osorio por delitos contra la Religión y el Culto, consistente el cargo en haber blasfemado de Dios, hecho que ocurrió en la cabecera del Municipio de Titiribí, el cuatro de Septiembre de mil novecientos veintiséis.

El enjuiciado merece prisión, pero puede evitarla si otorga fianza abonada por valor de doscientos pesos oro (\$ 200.00).
Notifíquese, copiése y devuélvase.

Bernardo Ceballos Uribe—Joaquín Emilio Jaramillo.—
Salvo mi voto—Tobías Jiménez.—Luis Arango F., Srio.

SALVAMENTO

Los dos únicos testigos en que se apoya el auto enjuiciatorio están acordes en afirmar que el sindicado se hallaba «en estado de *perfecta embriaguez* y sin concierto alguno en sus ideas», motivo por el cual expresaron que, en su concepto, «Osorio no se daba cuenta de lo que hacía ni decía». Véanse al efecto las declaraciones de estos testigos a folios I y 15 v. y 16 de los autos.

Siendo esto así, no me explico la razón para que la honorable mayoría niegue esta circunstancia en el siguiente paso de su proveído: «Obsérvese que estos testigos, que sí estuvieron en contacto con el hombre, no dicen que la embriaguez de Osorio fuese absoluta, total.....»

Y menos me explico por qué desconocen mis distinguidos colegas de quienes sí puede afirmarse que no son *médicos psiquiatras*, el dictamen de los ilustrados médicos Jaime Orozco y Julio Quintero, quienes, después de estudiar el expediente por orden del Juez, concluyen: «De manera que en Osorio sucedió una faz natural terapéutica de la acción del alcohol sobre los organismos, (con evidentes diferencias personales) hasta llegar a la perversión funcional, lo que indica que en aquel momento no tenía el juicio crítico necesario para analizar ni una expresión ni un procedimiento».

Para mí basta saber que el dicho de los testigos de cargo, Antonio Mesa y José Estrada, en cuanto a la circunstancia de la inconsciencia de Osorio el día de los sucesos, está corroborado con el de todas las personas que en el sumario declararon (fs. 8 a 10), y refrendado además por la autoridad científica de los competentes médicos que dictaminaron al fº 16.

Por ninguna parte aparece que Osorio hubiera ingerido licor con el fin de embriagarse para delinquir en tales circunstancias.

Así las cosas, esto es, si Osorio se hallaba en estado de inconsciencia, si no sabía lo que hacía ni lo que decía, si no tenía concierto en sus ideas, si su voluntad estaba anulada, no es responsable criminalmente de sus actos u omisiones ni ante la moral ni ante la ley.

Por lo demás, debo declarar en justicia que el error manifiesto de la honorable mayoría no debe depender sino de la absurda interpretación que ha dado al Art. 30 del Código Penal.

TOBIAS JIMÉNEZ — CEBALLOS URIBE — JARAMILLO — ARANGO F., Srío.

DOCTOR LUIS NAVARRO OSPINA

El 29 del pasado recibió el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas este joven prestigioso, alto exponente del carácter antioqueño y verdadero estudioso del Derecho. El Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia, por su órgano autorizado--"Estudios de Derecho"--, felicita calurosamente al nuevo doctor; le



augura múltiples y merecidísimos triunfos en su carrera de abogado y aprovecha la ocasión para darle público agradecimiento por los invaluable servicios que tan tesonera y desinteresadamente ha prestado a la Corporación, de la cual, puede asegurarse sin hipérbole, el doctor Navarro Ospina ha venido siendo el alma de muchos años a esta parte.

V A R I A

La Universidad del Cauca, institución gloriosa de cuyo seno han surgido tantos hombres de verdadera valía, festeja el primer centenario de su fundación; y cuando la ciudad de Benalcázar se viste de gala para celebrar tan fausta efeméride, no podíamos nosotros, voceros del «Centro Jurídico» de la Universidad de Antioquia, permanecer indiferentes. Porque ese júbilo, esa alegría justísima con que nuestros hermanos payaneses celebran la primera centuria de su Universidad es una afirmación de vida y de pujanza que todas las Universidades seccionales deben tomar como propia, para oponerla a los conatos de un centralismo absorbente que quiere hacer tabla rasa de todos estos focos de cultura, de todos estos luminares beneméritos que si hoy se sienten encorvados es no por el fardo de los años sino por el peso de sus glorias.

La centralización universitaria, empero, no desmaya en su pugna por imponerse a la conciencia nacional. Poco hace que en la prestigiosa revista bogotana «Universidad» apareció una nueva requisitoria contra las universidades departamentales, firmada por un distinguido intelectual, requisitoria en la cual se hacen alusiones muy directas a nuestra Alma Mater. Y ya que acabamos de anotar complacidos la afirmación de vida de la vieja Universidad del Cauca, queremos rememorar que en este mismo año fue inaugurado el nuevo local de nuestra Escuela de Derecho, y que esa inauguración no es sólo un símbolo de la renovación ideológica que anhelamos, sino también la exteriorización elocuente de la voluntad de nuestra Madre Universidad de perdurar como entidad autónoma. Y es que cuando estas nobles instituciones pueden, como la nuestra, ver en el pasado una larga estela de gloriosos recuerdos, vivir el presente con una vida exuberante y sana, y mirar el porvenir con tranquila firmeza y con seguridad en el triunfo, no deben, no pueden ser sacrificadas, con argucias y sofismas, en aras de un centralismo ya demasiado rígido y asfixiante.

La Universidad de Bolívar también celebra su primer centenario. A nuestros hermanos de la Costa Atlántica hacemos extensivos los comentarios que tejimos sobre el glorioso instituto caucano, y también a ellos va nuestro cordial abrazo de felicitación.

El Dr. Juan E. Martínez, que por largos años desempeñó con tino y prudencia ejemplares el delicado puesto de Director de la Escuela de Derecho de la U. de Antioquia, nos abandona definitivamente para entrar a ejercer de lleno las funciones de Magistrado del Tribunal. Como jurista es el doctor Martínez, a pesar de su modestia, suficientemente conocido en la Nación; su clara percepción, su recto criterio, su versación profunda en las ciencias jurídicas, hacen de él una legítima gloria del foro

colombiano. Como amigo, como caballero y como ciudadano es intachable, como el Bayardo histórico. Y como Maestro, se lleva el doctor Martínez — sin adquirirlos con debilidades, concesiones o zalamerías — todo el respeto, todo el cariño, toda la gratitud de sus discípulos. Nuestra Escuela pierde mucho con la separación del doctor Martínez, y si nos consolamos nosotros es porque, en cambio, la justicia colombiana obtiene una ganancia inapreciable. Reciba el doctor Juan E. Martínez la despedida sinceramente cariñosa de sus alumnos del «Centro Jurídico».

El Primer Congreso Jurídico Nacional de Estudiantes, que sesiona en Popayán, es uno de los números más notables de las festividades que se desarrollan en el valle de Pubenza, con motivo del centenario de la U. del Cauca. No nos forjamos muchas ilusiones sobre sus resultados inmediatos, no elevamos castillos en el aire, ni fingimos esperar que de ese cenáculo estudiantil habrán de salir las soluciones definitivas a los más espinosos problemas nacionales. Pero si creemos fundadamente que el acercamiento de tantos jóvenes inteligentes y doctos mostrará en breve abundosos frutos. La reforma electoral, la ley de prensa, la legislación petrolera, los problemas universitarios, la reglamentación de la profesión de Abogado, puntos son estos, entre otros, que se debaten en ese Congreso Jurídico; y, al calor de una cordial discusión, surgen sin duda, en sus cerebros aún no contaminados por los prejuicios ni por los fanatismos, ideas luminosas que se escapan a los espíritus encallecidos de los parlamentarios de profesión y de los políticos parroquiales. Además, ahora cuando los partidos tradicionales liquidan sus idearios caducos, precisa a la juventud colombiana el acercarse y conocerse antes de tomar una orientación definitiva. Y delegados de tan distinta procedencia como los que están congregados en las faldas del Puracé, sabrán ver que, a pesar de las diferencias geográficas, raciales, políticas y sociales, en todos los jóvenes colombianos alienta un mismo espíritu de tolerancia, de mutua comprensión; que todos tienen las mismas necesidades espirituales; que todos suspiran por un mismo ideal. Y ese contacto y este convencimiento habrán de redundar, no cabe duda, en provecho de la causa estudiantil, que es la causa de la patria.

Las mujeres en la Universidad, tema fué éste que apasionó hace muy poco a todos los colombianos, con motivo de un memorial extenso y razonado en que un selecto grupo de nuestras paisanas solicitó la autorización gubernamental para ingresar en las Universidades de la República. Y el lapso que demoró el Ejecutivo su respuesta, fue un tiempo que emplearon periodistas, filósofos, pedagogos, reporteros y, en una palabra, los plumíferos de todas las especies conocidas en nuestra fauna literaria, en debatir la vieja cuestión, tan vieja como el mundo, de la capacidad intelectual de la mujer. Es verdad que ya nadie se atreve a sostener — con el filósofo griego — que nuestras encantadoras enemigas carecen de alma, o — con Laot séu — que tienen largos los cabellos (!) pero las ideas cortas, o — con Sho-

penhauer - que no son sino bellos animalitos de reproducción. Pero no es pequeño el número de los que ergotizan sobre la in-conveniencia de dar a las colombianas acceso a la Universidad. Quiénes se apoyan en razones fisiológicas que imposibilitan a la hembra para alcanzar el nivel intelectual del varón; quiénes ex-orbitan los ojos, escandalizados, ante la perspectiva de una con-tinua promiscuidad de alumnos y alumnas en las mismas aulas; quiénes, en fin, creen que tal medida daría al traste con el or-den, la disciplina, la rigidez de los catedráticos, la seriedad de los estudiantes y la eficiencia del trabajo. Felizmente, empero, el Gobierno cerró los oídos a todas estas ñoñeces y, acogiendo el ritmo de la hora, que es francamente propicio a las revaluacio-nes femeninas, abrió las puertas de la Universidad a la mujer colombiana.

— — —

La Escuela de Vacaciones es, sin duda, una de las más fecundas ideas de nuestro competente Director de E. P., don Tomás Cadavid Restrepo, y dentro de muy poco será también una de las más hermosas realizaciones. El programa de la Es-cuela es, en cuanto ello es posible, completísimo; y los confe-renciantes no pudieron ser elegidos con más tino y mejor criterio. De este modo, los maestros antioqueños que acudan, en el pró-ximo Enero, a esta Villa hospitalaria y gentil, podrán adquirir en corto tiempo un notable acervo de conocimientos, un gran aco-pio de prescripciones pedagógicas y de normas metodológicas que, por fuerza, habrán de redundar en provecho de toda la E-ducación Pública de Antioquia. Felicitamos al Sr. Director del ramo por su sabia concepción, y hacemos también votos porque Medellín sepa acoger con su tradicional hospitalidad a tantos maestros que, quizás con verdaderos sacrificios, vendrán a ella en busca de conocimientos que han luego de derramar sobre las generaciones en cierne.

— — —

El Tratado de límites entre Colombia y la nación peruana re-cibió por fin la definitiva aprobación del Congreso de ésta, en sus últimas legislaturas. Y decimos 'por fin', porque era ya largo, muy largo el *caramelo* a que nos tenían sometidos nuestros hermanos del Rimac. En toda la América Latina, aún más, en todo el mun-do, fue recibida con júbilo la noticia de la ratificación del Tra-tado, júbilo razonable además, ya que con ella quedó despejada una de las más angustiosas incógnitas que Marte sembrara en el suelo, tantas veces ensangrentado, del Nuevo Mundo. Tan sólo dos naciones hermanas han negado su contingente a este con-cierto de legítima alegría continental: Chile, que, en su pugna secular con los hijos del Inca, ve con natural desagrado que éstos pongan punto final a todas sus peligrosas diferencias con sus vecinos del Norte; y el Ecuador, que cree vulnerados unos imaginarios derechos y que hace a Colombia unas inculpaciones tan descabelladas que ningún colombiano celoso de la Sobera-nía nacional puede admitir siquiera por un momento. De todos modos, es lo cierto que América está de plácemes; porque se le ha disipado un sombrío nubarrón que amenazaba resolverse en

belicosa tormenta, y porque la amistad colombo-peruana — que hasta ahora no pasaba de ser una lírica efusión y un buen propósito — ha cristalizado en un documento inviolable que sella el abrazo de fraternidad de dos naciones que, aunque separadas largo tiempo por una mutua animosidad que en veces llegó hasta la lucha armada, un día se vieron enlazadas por la argéntea rúbrica que trazó la invencida tizona de Bolívar.

— — —

La conferencia panamericana de la Habana es otro paso hacia esa fraternidad americana de que acabamos de hablar. Sin embargo, nosotros nos declaramos francamente pesimistas respecto a los resultados prácticos de la tal Conferencia. Ciertamente se pronunciarán bonitos discursos, y se leerán voluminosos y sesudos trabajos tendientes a despejar algunos de los más intrincados problemas continentales. Mas todo esto se resume en la dolorida exclamación del príncipe danés: «Palabras... palabras...» Sí; palabras no más. Porque no es esta la hora propicia para que sesionen en los mismos estrados los representantes de la ultrajada Latinoamérica y el Presidente de la Unión Saxoamericana. Cómo podemos creer, todos los que nacimos al sur del Río Grande, en la sinceridad de los delegados yankees, del Presidente Coolidge, del Secretario Kellog, cuando esos mismos labios que nos hablan de fraternidad y de concordia han ordenado las sangrientas expediciones y los pavorosos bombardeos de Nicaragua! Por eso, mientras el general Sandino (el «bandido Sandino», para hablar en el lenguaje de la Casa Blanca), agazapado como un tigre en las madrigueras de Nueva Segovia, defiende los últimos girones de la soberanía nicaragüense del inicuo maridaje de los traidores y los extranjeros, y mientras los rubios marinos del Tío Sam derramen la sangre generosa de nuestros hermanos, la América Latina tiene la obligación de no creer en las falaces protestas de amistad y simpatía con que pretenden engatusarla los astutos capataces de la Unión.

— — —

Otras anotaciones de carácter menos elevado nos resta por hacer. La primera es la de pedir excusa a nuestros lectores por un involuntario error que en la numeración de nuestra última entrega se nos deslizó. En la portada aparecían los números 141-142, y en la primera página el 140. En una y otra parte debió decir: 140-141.

La segunda consiste en avisar que en la Administración de esta revista (Facultad de Derecho) compramos los números siguientes: 78-91; 125-128; 131; 135-138. Si quien posea éstos o algunos de estos números no quisiere desprenderse de ellos, le rogamos que al menos se sirva suministrarnos una copia del Sumario de cada uno de los que tenga, pues necesitamos, en bien de los lectores, elaborar un Índice completo de «Estudios de Derecho».