

Pág.

Notas Forenses	39
Los Seminarios	149
TOBON LAZARO	
Tribunal Superior de Medellín — Jurisprudencia civil	113
	303
	487
Introducción a la Teoría Monetaria por el Profesor Lester Chandler	329
Los actuales hechos económicos colombianos"	375
"El Control de Precios y la Agricultura"	507
URIBE RESTREPO JORGE	
Los Balances Bancarios	99
VELASQUEZ TORO JORGE	

Registrado como artículo
de 2ª clase en el Minis-
terio de Correos y Telégra-
fos el 7 de julio de 1939.
— Licencia número 619. —

ESTUDIOS DE DERECHO

Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia

Medellín
Colombia

JULIO
de 1944

numero 17

Apartado postal No. 155

Estudios de Derecho

PUBLICACION TRIMESTRAL

DIRECTORES:

HERNAN POSADA
Rector de la Universidad

ELIAS ABAD MESA
Decano de la Facultad

Bernardo Botero Mejía
Secretario de la Facultad

COMITE DE REDACCION:

5o. AÑO	{ Dr. Belisario Agudelo { Prof. de Minas { J. Emilio López { Fabio Arbeláez C.	4o. AÑO	{ Dr. David Córdoba M { Prof. de D. Civil { Hernando Agudelo V. { Gustavo Bernal R.
3o. AÑO	{ Dr. Diego Tobón A. { Prof. de D. Admtvo. { Alfonso Pareja Ruiz { Luis A. Sánchez	2o. AÑO	{ Dr. Rodrigo Vásquez { Prof. de Economía P. { Pablo Cárdenas P. { Francisco L. Cadavid
1o. AÑO	{ Dr. FIDEL RODRIGUEZ { Prof. de Introducción al Derecho { Luis E. Mesa V. { Gonzalo Espinal M.		

ADMINISTRADOR:
Bernardo Botero Mejía

LOS DERECHOS DE FAMILIA

Pre - historia de la familia.

Para buscar el origen y constitución de la familia primitiva se han formado dos teorías principales: la teoría patriarcal y la teoría matriarcal.

La teoría matriarcal se funda en el hecho biológico de la convivencia de los hijos con la madre para los fines elementales de la vida, como es la nutrición y la defensa de la prole. Este primer núcleo de familia doméstica pudo vigorizarse por la mutua asistencia, fortalecida ya con los afectos y con un primitivo cambio de servicios entre la madre y los hijos después de la crianza de éstos.

Supuesta una promiscuidad sexual en las hordas primitivas, informes todavía, sin reglamentos de moral y sin autoridad reconocida, es sencillo imaginar la formación de pequeños grupos que apenas podían diferenciarse por la procreación y la filiación uterina, la cual fue dando origen a un parentesco femenino porque el vínculo de consanguinidad respecto de la madre era el único cierto, ya que de aquellos ayuntamientos fortuitos y ocasionales no podía resultar el vínculo de la paternidad. Así fue creándose el predominio de la mujer en la primitiva sociedad doméstica y posiblemente en el orden social.

Esta teoría matriarcal de la familia se hace más verosímil con la observación de lo que ocurre en las sociedades animales, y en los últimos tiempos adquiere mayor aceptación con las teorías del psico-análisis de Freud que revelan la gran importancia que tiene el instinto sexual en las relaciones familiares, pues para este autor el amor entre ascendientes y descendientes tiene un recóndito sentido sexual. Si es cierto, además, como afirma Marañón que el sen-

timiento de la paternidad es tardío y que a veces no se manifiesta sino en el abuelo, se verá que el sentimiento maternal, siempre desierto y constante desde la edad infantil, debió ser el primer lazo y embrión de los afectos familiares.

Fuera de estas razones biológicas la teoría matriarcal tiene la comprobación de lo que ocurre en la época moderna entre algunas tribus salvajes, donde se advierte al lado de la promiscuidad sexual el vínculo femenino en la familia. Así, en casi toda el África indígena no se conoce más parentesco que el materno, lo cual sucede también en numerosos pueblos asiáticos contemporáneos.

Refiere D'Aguanno en su "Génesis y Evolución del Derecho Civil" que cuando los portugueses establecieron sus primeras colonias en la Costa de Malabar quedaron maravillados de las extrañas costumbres de ese pueblo, donde la familia se fundaba exclusivamente sobre la base materna; la mujer tenía todos los maridos que quería, pero se les consideraba como huéspedes extraños en la casa, mientras que aquella dirigía los asuntos domésticos, ejercía la primera autoridad en la familia y recogía la herencia, como exclusiva poseedora de los bienes familiares.

Semejante organización se encuentra en otros pueblos de la India y también en la Malasia y en Sumatra. En casi toda Australia existe una especie de promiscuidad entre clan y clan, con la prohibición del matrimonio entre individuos que tengan el mismo totem, pero los hijos pertenecen al clan de la madre. Iguales o parecidas costumbres se han estudiado en las islas del Pacífico y también los relatos de los conquistadores y cronistas españoles acerca de los indios de América revelan el parentesco femenino como base de la organización familiar.

Morgan estudió especialmente la clasificación del parentesco entre los indígenas de las islas Hawai y fundado en numerosas observaciones estableció las siguientes etapas en la evolución de la familia, a partir de la promiscuidad primitiva: 1a. la familia **consanguínea**, en que los agrupamientos matrimoniales se realizan entre descendientes de la misma rama, pudiendo los padres unirse con sus hijos; 2a. la familia **punalúa** (en lengua hawaiana: cuñado), en que los hermanos de un grupo se unen con los hermanos de otro, prohibiéndose el matrimonio entre hermano y hermana de una misma familia; 3a. La familia **syndasmiana** o **syndiásmica** (del griego syndiazó, reunir), que adopta el matrimonio temporal, entre indi-

viduos no parientes; 4a. la familia patriarcal y 5a. la familia **monogámica**.

Los recientes estudios del italiano Mazarella confirman las investigaciones que llevó al cabo Morgan desde 1875. Mazarella, siguiendo a Post, considera que en su relación con la familia patriarcal el marido puede encontrarse en las siguientes situaciones: 1a. por el matrimonio, el marido pertenece a la familia de su mujer; 2a. los esposos continúan perteneciendo a sus propias familias; 3a. la mujer pertenece a la familia de su marido; 4a. el marido y la mujer se separan de sus familias y constituyen una familia nueva. Las dos últimas hipótesis suponen el régimen patriarcal, las dos primeras sólo son compatibles con la familia matriarcal, especialmente la primera de todas, en que el marido no tiene ninguna autoridad sobre su mujer y los hijos pertenecen a la familia de la madre, como sucede entre los malayos, de donde tomó Mazarella el tipo del matrimonio ambiliano (*ambil anak*), en que el marido se encuentra en manifiesta inferioridad respecto de la mujer.

Como fundamentos tradicionales conocidos para apoyar la teoría matriarcal pueden citarse los siguientes: el culto más antiguo del Egipto era el de Isis, diosa de la maternidad, la gran madre, principio de todas las cosas. Como el culto divino se tributaba a una diosa y el derecho se hacía provenir de ésta, la reina tenía especiales prerrogativas sobre el rey, y el derecho regio se justificaba por medio de la genealogía materna. En una antigua leyenda del Mahara-bata se dice que la dinastía real descendía por línea de mujer. Si en los textos clásicos no abundan documentos para esta teoría, se debe ello muy probablemente a que las tradiciones de aquella época primitiva fueron borradas por las posteriores de la organización patriarcal, pues según los modernos sociólogos la familia patriarcal puede considerarse como una segunda etapa general de evolución, aparecida en los grupos humanos después de la familia matriarcal, que fue la primera, según estas teorías.

La hipótesis de la familia patriarcal primitiva supone como principio general el parentesco masculino, a pesar de que hay ejemplos antiguos y modernos de filiación femenina anterior; se funda en un sistema único de gobierno doméstico y social, cuando se encuentran organizaciones de carácter matriarcal en la historia y en algunos pueblos modernos que no han salido del estado de salvajismo. Esta teoría patriarcal, que defienden principalmente Fustel de

Coulanges, Westermarck, Summer Mayne y otros tiene su fundamento principal en las instituciones hebraicas y en las de Grecia y Roma, que nos muestran al padre de familia como único jefe de la sociedad doméstica y con derechos a veces ilimitados sobre sus hijos, mujeres y esclavos. Algunos de los autores citados encuentran costumbres patriarcales entre los galos, los germanos y los eslavos. También en alguna época de la historia egipcia se advierte la constitución patriarcal de la familia, según concepto de Dareste, aunque, como veremos más adelante, la elevada posición que alcanzó la mujer en Egipto hace suponer una remota matriarquía. Lo que resta fuerza a la teoría patriarcal es que sus principales pruebas provienen del antiguo mundo clásico, mientras que la teoría matriarcal se amolda a la lógica de la prehistoria, a lo que debió practicarse en los tiempos primitivos, es decir, en la edad de la piedra tallada, en la época del cuaternario.

De acuerdo con los conceptos que acabamos de exponer y juzgando las cosas con un criterio lógico podemos concluir que la familia patriarcal fue posterior a la familia matriarcal. Después de analizar las opiniones contradictorias de los que sostienen una y otra teoría podemos aceptar la siguiente conclusión: la aparición de la familia patriarcal coincide con la aparición de las uniones monogámicas, las cuales son causa de la extinción de la forma matriarcal y aun del matriarcado, si es cierto que existió como organización política y civil el gobierno de las mujeres en alguna época de las primitivas sociedades, como opinan algunos autores.

Los partidarios del materialismo histórico explican así esta transformación o transición entre la familia matriarcal y la familia patriarcal: a medida que se restringían las uniones conyugales y se permitían únicamente entre individuos de grupos diferenciados (exogamia) empezaron a escasear las mujeres libremente conyugables y por lo tanto se fueron estabilizando ciertas parejas (forma syndiásmica), que vivían unidas por un tiempo más o menos largo. Estas primeras uniones monogámicas debieron comenzar en un período bastante avanzado de la evolución social y suponen la existencia de tribus sedentarias, ocupadas ya en la agricultura. Las luchas por los ganados y tierras de pastaje debieron dar origen a la apropiación de las mujeres de las tribus vencidas en aquellas luchas, siendo probable la exterminación de los varones prisioneros. De esa esclavitud de las mujeres, que los vencedores aprovecha-

ban para satisfacer sus necesidades sexuales y para obligarlas al trabajo común, pueden arrancar los motivos del matrimonio por raptó que algunos autores califican como forma específica en la evolución familiar, y del cual se conservan algunas tradiciones, como el raptó de las sabinas en la historia romana. Los impulsos de imitación, característicos de los niños y los salvajes, debieron inducir a los que no habían hecho prisioneras en la guerra a tratar de apoderarse con violencia o con astucia de las mujeres de otros grupos. Los partos de estas uniones monogámicas, fundadas en la esclavitud, debieron quedar de propiedad del raptor. Fundadas o no estas suposiciones, pero en todo caso admitida la aparición de uniones monogámicas por los motivos expresados, o también por el desarrollo de los afectos y sentimientos, o por una primitiva división del trabajo con fines cooperativos, o como consecuencia de la exogamia, fue surgiendo la autoridad masculina en la familia y creándose el vínculo patriarcal respecto de la descendencia, pues ya el hombre podía compartir con la madre la propiedad de los hijos.

Después, la mutua ayuda entre padres e hijos, la división de tareas entre el hombre y la mujer (la agricultura y la ganadería fueron ocupaciones femeninas en los primeros tiempos), la cooperación de los parientes al trabajo colectivo constituyen ventajas económicas tan considerables que pueden ser motivo bastante para que los hijos sean reconocidos y objetos de apropiación por parte de sus padres; para que el matrimonio adquiriera la estabilidad que antes no podía tener y para que los individuos de la misma estirpe reconozcan y conserven sus vínculos familiares, existentes ya por el culto totémico, en que la memoria del padre muerto era venerada y evocada en ceremonias y ritos que todavía perduran.

Los resultados jurídicos sucesivos de la familia patriarcal fueron: la aparición del patriarcado en el orden político, el parentesco masculino, la patria potestad sobre los hijos y la autoridad marital en el matrimonio, con la consiguiente degradación de la mujer en la familia y en la sociedad hasta los tiempos modernos en que la lucha por la igualdad jurídica y social de los sexos se va abriendo camino de justicia. Lo que caracteriza especialmente la familia patriarcal es la organización de cierto número de individuos libres y esclavos en un grupo sujeto al poder paterno del jefe de familia, como se ve en la sociedad semítica y mejor aún en la romana, que

da el tipo acabado de esta forma de familia. La etimología latina explica el sentido histórico de la familia patriarcal: *famulus* quiere decir esclavo doméstico.

En estos estudios acerca del origen y evolución de la familia, sobre lo cual se han escrito centenares de libros, hemos advertido varios criterios, que en gracia de método podemos separar así: biológico, económico, religioso y sociológico.

El criterio biológico, como hemos dicho, se funda en la observación de las sociedades animales, especialmente de los mamíferos superiores y en las consecuencias naturales de las funciones fisiológicas y de los instintos sexuales con sus complejos subsiguientes: sentimiento maternal, amor filial, afecto paternal, amor conyugal, celos, etc.

El criterio económico trata de explicar el progreso de la familia por medio de la división del trabajo y por la cooperación, por la apropiación individual de la mujer y los hijos en provecho del hombre y por la influencia del medio geográfico en los hechos económicos, supuesto que las uniones monogámicas empezaron a formarse cuando los clanes se establecieron en territorios fijos y se inició la agricultura con la consiguiente división de tareas.

El criterio religioso explica la unión familiar por el solo aglutinante de la religión, independientemente de los lazos de la sangre y de toda influencia económica. Apoyándose en las tradiciones griegas y romanas sostiene los partidarios de esta teoría que lo que une a los miembros de la familia antigua es la religión del hogar y de los antepasados, que se origina en las creencias referentes a los muertos y en el culto que a estos se les debía y se les rendía. De modo que la familia era más una asociación religiosa que una asociación natural. Veremos, al hablar de la familia en Roma y en Grecia, cómo efectivamente el culto doméstico regía las relaciones familiares, pero tales pruebas quizás no puedan extenderse a las épocas ante-históricas, a menos que, aceptando la tesis de la escuela francesa en cuanto asigna a la organización totémica un sentido religioso, admitamos que la familia primitiva se unía también por el lazo religioso del totem.

Realmente, en el clan totémico sus miembros se consideran parientes entre sí; no por la comunidad de sangre sino por el hecho de ser poseedores del mismo totem y el mismo nombre, porque

tienen la misma naturaleza totémica y porque participan de la misma sustancia mística, la de su totem. Si éste es un lobo, todos los miembros del clan creen que tienen un lobo por antepasado y, por lo tanto, que tienen dentro de sí algo de lobo. De modo que el clan totémico es ante todo una sociedad familiar, un grupo de parientes unidos por un lazo místico. Dentro de esa organización social la familia propiamente dicha coexiste con el clan, sin más prohibición que la exogamia del mismo y puede ser indiferentemente monogámica o poligámica, su estabilidad depende del capricho de los interesados y su primera forma es patriarcal, ya que el totem se transmite por la sangre, como vehículo místico, pues el primitivo no comprende todavía el misterio de la generación.

El criterio sociológico ve en la familia no un hecho natural ni un derivado biológico, sino una institución social, es decir, una creación de la sociedad, ya que fue ésta la que le dio paulatinamente formas y derechos, normas y prohibiciones, de acuerdo con la misma evolución social. Las obligaciones de familia son de orden moral y la moral no se deriva de las necesidades fisiológicas, sino del pensamiento social.

Se informó este criterio sociológico en las investigaciones del filólogo suizo J. J. Bachofen y del etnólogo norteamericano L. H. Morgan. La escuela sociológica francesa, perfeccionando las deducciones de aquellos autores, sistematizó una escala de la evolución familiar en la siguiente forma y a partir del régimen primitivo de la promiscuidad sexual absoluta: 1.—Restricción de las uniones entre ascendientes y descendientes; 2.—Prohibición de matrimonios entre consanguíneos y aun entre miembros del mismo grupo (exogamia); 3.—Aparición de la familia individual, pero patriarcal y poligámica; 4.—Familia patriarcal y todavía poligámica, y 5.—La familia individual, independiente y monogámica, tal como existe hoy.

Conviene citar entre las teorías emitidas recientemente sobre el origen y evolución de la familia, la de la escuela histórico-cultural, que interpreta los fenómenos sociales con un criterio ecléctico pero sin descuidar su basamento ortodoxo. Esta escuela sostiene que la familia primitiva, originada en las exigencias de la naturaleza humana razonable, fue monogámica, estable, exógama y con derechos iguales entre los esposos y aduce como prueba los datos etnográficos de varias sociedades salvajes actuales de Africa, Australia

lia y Asia, cuyo estado social, en su concepto, es el mismo que pudieron tener los verdaderos primitivos.

Arguyendo que los diversos grupos salvajes no forman un solo todo homogéneo, como pretenden los evolucionistas, sino variados tipos culturales, admite esta escuela la evolución de la familia, de acuerdo con las diversas etapas de la cultura. Los periodos de evolución que señala son los siguientes: 1.—Civilización primitiva de la pequeña caza y de la simple recolección (frutos y raíces comestibles), a la que corresponde aquella familia primitiva, monogámica, con iguales derechos entre los cónyuges, estable y con un carácter religioso, ya que los antepasados de la tribu, el padre y la madre, fueron creados y unidos por el Ser Supremo; 2.—Civilización primaria de la gran caza, que exalta el papel del hombre aventurero y cazador y trae por consecuencia la familia patriarcal, con subordinación de la mujer; 3.—Civilización del pequeño cultivo, que trae la familia matriarcal, ya que la mujer es quien se encarga de la labor agrícola y establece con su trabajo la primera propiedad predial. El matrimonio deja de ser estable y el marido es apenas huésped transitorio en casa de la mujer. Aparecen en este periodo los matrimonios por servicios y por compras, pues la mujer se ha convertido en instrumento de trabajo y fuente de riqueza. El parentesco por línea femenina es el que prevalece. A la divinidad suprema se le asignan también cualidades femeninas y se honra a la Primera Madre, que a veces se identifica con la luna, reguladora de la vida sexual de la mujer. Aparecen las sociedades secretas masculinas como reacción contra la gineocracia e instrumento de lucha contra las mujeres; 4.—Civilización de la domesticación nómada, en que recupera el hombre su importancia social y adquiere el carácter de patriarca, jefe de la familia, dueño de los hijos, el mayor de los cuales va a ser heredero principal y continuador de la familia. Esta civilización de los pastores nómades es netamente masculina y en ella la mujer limita su actividad al trabajo doméstico. Aparece en esta etapa la poligamia como consecuencia de la riqueza y el patriarca tiene varias concubinas junto a la esposa legal.

Las tres últimas civilizaciones, calificadas de primarias, se mezclan a veces y dan lugar a civilizaciones secundarias compuestas que presentan caracteres heterogéneos en la organización familiar, como se ve todavía en ciertas sociedades salvajes, lo que contribuye a probar que los grupos primitivos no pueden considerarse siempre en su forma simple.

Los pastores nómades, al fin del periodo glacial, cuando empiezan los deshielos (el diluvio) tienen que emigrar del centro sur del Asia (cuna de la humanidad) y se convierten en conquistadores, imponiendo entre las sociedades retrasadas su fuerte organización patriarcal, cuyos modelos más acentuados encontramos entre los hebreos y más tarde en Grecia y en Roma, organización que informó hasta los comienzos de este siglo la unión familiar en la civilización occidental. Después se ha reconocido, no sin grandes luchas, la igualdad de derechos entre los esposos, al menos en el campo de la legislación civil y también en la vida social ha conquistado la mujer un puesto de consideración que va llegando poco a poco hasta la igualdad política y a su completa libertad individual.

Hoy tenemos la familia monogámica, con igualdad jurídica entre los cónyuges, pero su estabilidad se ve amenazada por el creciente abuso del divorcio y por las tendencias comunistas de sustraer los hijos a la influencia familiar para tomarlos el Estado y encargarse de su educación, conforme a los ideales totalitarios del hombre-masa que quieren hacer de los individuos meras piezas del gran mecanismo comunitario.

Veamos ahora algunos datos históricos sobre los derechos de familia en algunos pueblos de la antigüedad.

La familia en la India

En las primitivas costumbres de los que habitaban los valles del Indo y del Ganges se encuentra ya la organización patriarcal de la familia y de la tribu, pero los más antiguos testimonios se refieren a una época matriarcal y de comunidad de mujeres. Así, en el Mahabarata, recopilación de las más viejas tradiciones indias, se habla de la promiscuidad como de una costumbre admitida en los tiempos más remotos. Allí se lee: "Hubo un tiempo en que no era delito el ser infiel al esposo, antes bien era un deber. Las hembras de todas clases son comunes..."

Al llegar la época sacerdotal o teocrática, los brahmanes, dueños del poder político, imponen una legislación eminentemente religiosa, que domina al hombre desde la cuna hasta su muerte, en medio de prescripciones religiosas que le señalan sus deberes para to-

das las edades y todas las circunstancias de la vida. Cada una de las cuatro castas tenía obligaciones especiales. Las castas nacieron del cuerpo de Brahma: los sacerdotes, o brahmanes, de la boca; los guerreros o chatryas, del brazo; los labradores y mercaderes, vaisias, del muslo; los sudras o esclavos, del pie.

El matrimonio está prohibido entre parientes hasta el cuarto grado de la línea materna y hasta el sexto grado por la línea paterna. Al principio se permitían las uniones entre personas de castas diferentes, pero cuando el brahmanismo tomó mayor poderío los matrimonios mixtos fueron prohibidos.

La poligamia era permitida, aunque con algunas restricciones. Un brahamán podía tener cuatro mujeres; un chatría, tres; un vaisia, dos; y un sudra, una.

La mujer, para obrar en la vida civil, necesita siempre la autorización de su padre, o de su marido si es casada, o de sus hijos si es viuda. El fin del matrimonio es procrear hijos que a la muerte del padre le ofrezcan sacrificios y lleven ofrendas a su tumba.

Los hijos heredan por partes iguales, pero al primogénito corresponde una porción mayor. La hija no hereda, pero si el hijo de ésta, es decir, el nieto por línea femenina. A falta de hijos heredan los parientes hasta el doceavo grado y concurren con la esposa. Si no hay ninguno de estos herederos la herencia corresponde al rey. El hijo pródigo puede ser desheredado.

En un principio el matrimonio debió realizarse por compra. El código de Manú distingue ocho clases de matrimonios, según el texto que vamos a copiar: "Cuando un padre después de haber dado a su hija un vestido y ornamentos, se la concede a un hombre versado en la Sagrada Escritura y virtuoso, al cual invitó espontáneamente y al cual recibió con el honor, este matrimonio legal es el de Brahma. El modo llamado divino por los magos es aquel según el cual, después de haber comenzado a celebrarse un sacrificio, el padre adorna a su hija y se la concede al sacrificador. Cuando un padre concede, según las reglas, a su hija después de haber recibido del aspirante una vaca y un toro o dos parejas semejantes para celebrar una ceremonia religiosa, éste se llama la manera de los santos. Cuando un padre casa a su hija con los debidos honores, diciendo: Cumplid juntamente los deberes prescritos, esta es la manera de las criaturas. Si el novio recibe de buen grado

a la joven, haciendo regalos a ésta y a sus padres, según sus facultades, éste se llama el matrimonio de los malos demonios. La unión de una joven y de un joven por mutuo voto, se llama matrimonio de los músicos celestiales; nacida del deseo, busca los placeres del amor. Cuando por la fuerza se arranca de la casa paterna a una joven que pide socorro y llora, después de haber muerto o herido a quien hiciese la oposición y después de haber roto las paredes, este matrimonio se llama de los gigantes. Cuando un amante entra secretamente en casa de una dormida, o borracha, o sin sentido, este execrable matrimonio se llama de los vampiros".

El código de Manú —siglo II antes de nuestra era aproximadamente,— trata en su título XXVI de los deberes recíprocos de los esposos. Allí se lee: "El marido y su esposa constituyen una sola persona; el marido nace en su mujer una segunda vez... Una mujer virtuosa, aunque su esposo tenga mala conducta, se entregue a otros amores, o no tenga mérito alguno, todavía debe considerarlo constantemente como a un dios. Toda esposa debe amar y respetar al marido, y será honrada en el Cielo. Debe enflaquecer voluntariamente, alimentándose de flores, raíces y frutas, y una vez que haya perdido a su esposo, ni siquiera ha de pronunciar el nombre de otro hombre".

El marido sólo tiene con relación a la mujer el deber de mantenerla, de no olvidarla, de prestarle el débito conyugal, pero en cambio tiene sobre ella todos los derechos, sigue siendo la propiedad del marido, como en las legislaciones tártaras. La mujer no puede adquirir nada para sí, sino que todo lo adquiere para el marido. El hombre puede repudiar a su esposa si le encuentra algún vicio o defecto que le haya sido ocultado antes del matrimonio; si se entrega a los licores espirituosos, si es de malas costumbres, si contradice siempre al marido, si habla con aspereza, o si tiene alguna enfermedad incurable. Puede también repudiarla si después de ocho años es estéril, si después de diez años se le hubieren muerto todos los hijos, o si después de once no ha procreado más que hijas. La mujer viuda no puede volver a casarse.

Respecto de los hijos, a pesar del absolutismo doméstico, se les trataba con consideraciones para que continuasen el culto de sus antepasados y porque estaba prescrito en el código de Manú que el que no dejaba un heredero legítimo no tenía abiertas las puertas del Cielo. "Por medio de un hijo —dice Manú— adquiere un hom-

bre los mundos celestiales; por medio de un nieto, obtiene la inmortalidad; por medio del hijo de este nieto se eleva hasta la sede del sol".

Debemos agregar que el derecho de alimentos está reconocido expresamente a la mujer en la legislación hindú.

El adulterio se castigaba únicamente con simples multas.

Como muestra de la dependencia a que estaba sujeta la mujer respecto del marido o del derecho de propiedad que éste ejercía sobre ella, se menciona la costumbre de que los hijos del vientre materno pertenecían al marido, aunque este no fuese el verdadero padre, por simple derecho de sucesión, como el dueño de un campo es propietario de la semilla que en él cae.

La familia en el Derecho Hebreo

La sociedad hebrea estaba constituida en forma patriarcal, como se advierte en la lectura del Antiguo Testamento, donde se refiere la historia de los patriarcas de Israel, cabezas de dilatadas y numerosas familias.

La ley mosaica deja subsistir la poligamia pero prohíbe el matrimonio entre parientes próximos. Se admite el divorcio, o más bien la repudiación de la mujer, generalmente cuando ésta era estéril. Pero el marido debía redactar en determinada forma la carta o libelo de divorcio, en el que debía expresarse la razón del repudio. La viuda sin hijos debe casarse con el hermano de su marido. Esta institución se llamaba levirato y tenía por objeto la perpetuación de la familia patriarcal. El adulterio de la mujer se castiga con la lapidación.

Los hijos están sujetos a la autoridad paterna, pero esta autoridad no es arbitraria ni ilimitada. Para castigarlos con la muerte se requiere un juicio popular, que deben promover el padre y la madre, quienes pueden acusarlos de rebeldía para que el pueblo los lapide.

En el más antiguo derecho judío las hijas no heredaban de sus padres, pero la ley de Moisés las admitió a la sucesión cuando

faltaban los hijos varones. Si no había descendientes, heredaban los hermanos y después los tíos paternos. Al mayor de los hijos le correspondía doble porción que a los otros. La parábola del hijo pródigo nos revela el derecho de herencia de los hijos: "Padre —dice el hijo— dame la parte que me corresponde en la fortuna común".

El Antiguo Testamento no contiene normas legales sobre el matrimonio. Allí se lee que las esposas podían comprarse a cambio de servicios, como en la historia de Jacob, quien trabajó siete años a Labán para que le diera por esposa a su hija Raquel, pero esta costumbre parece no haber sido general y en todo caso desapareció muy pronto. Se encuentra después una especie de matrimonio por compra, como la coemptio de los romanos, aunque la compra acabó por ser simbólica, como el rito de las arras en el actual matrimonio católico. El contrayente ponía en las manos de la mujer una suma de dinero y le decía: —Tú eres sagrada para mí— o —Tú eres mi esposa—. Otorgado el consentimiento de la mujer, que era elemento esencial del contrato, como lo es hoy en todas las legislaciones, el matrimonio quedaba perfecto.

Otro matrimonio judío era el de la khetuba, que consistía en la constitución por escrito de una dote que otorgaba el marido en favor de la mujer, dinero que administraba el marido libremente durante el matrimonio, pero que tomaba la mujer de los bienes del marido a la muerte de éste, o cuando era repudiada, es decir, a la disolución del matrimonio. En la época del Talmud —dos siglos después de J. C.— el valor de la dote era de doscientos denarios para una doncella y ciento para una viuda. Esta costumbre se ha interpretado como una cláusula penal contra el divorcio, pero se llegó a dar tanta importancia a la estipulación de la dote que se consideró como elemento esencial y constitutivo del matrimonio. El carácter especial de la dote hebrea y que le hace diferenciar de las dotes griegas y romanas es que ella no se destina a las cargas comunes del matrimonio, ni es aportada nunca por la mujer.

Debemos destacar en la historia del derecho hebreo los mandamientos sagrados del Decálogo, en que está escrito: "Honra a tu padre y a tu madre para que vivas largos años sobre la tierra; no fornicarás; no codiciarás la casa de tu prójimo, ni desearás su mujer, ni esclavo, ni esclava, ni buey, ni asno, ni cosa alguna de las que le pertenecen".

El Génesis le da origen divino al matrimonio cuando refiere que, después de haber criado Dios al hombre y a la mujer, les dijo: Creced y multiplicaos y poblad la tierra y sometedla a vuestro dominio.

También del Génesis arranca la indisolubilidad del matrimonio cristiano según estas palabras: El hombre dejará a su padre y a su madre y se juntará con su esposa y serán dos en una misma carne.

Veamos ahora un modelo de los contratos de matrimonio entre los antiguos hebreos: "Isaac, hijo de David, ha dicho a Sara, hija de Efrain, en tal día: ven a ser mi esposa según la ley de Moisés y de Israel; prometo honrarte, cuidarte, alimentarte y vestírte según la costumbre de los maridos hebreos que honran a sus mujeres y las mantienen como corresponde. Te doy doscientas monedas de plata (suma fijada por la ley) y te prometo además de los alimentos, vestidos y objetos necesarios, la amistad conyugal. Sara ha consentido en ser la esposa de Isaac, quien de su plena voluntad y para constituirle una viudedad proporcionada a sus propios bienes, añade a la suma antes indicada, la suma de tantas monedas..."

El padre hacía de sacerdote y les daba a los esposos la bendición nupcial. Las fiestas de la boda duraban hasta siete días.

La mujer hebrea goza de cierta dignidad entre la familia. Aunque se permitía la poligamia, como ya lo dijimos, la esposa tenía siempre en el hogar su puesto de honor. La ley mosaica prohibía la seducción de las vírgenes y las ofensas corporales a las mujeres y, como ya lo vimos, ordenaba honrar a la madre y respetar a la mujer ajena. La familia toda llevaba una vida activa y laboriosa y todos sus miembros cumplían deberes señalados. De esta manera la familia entre los judíos muestra ya un comienzo del perfeccionamiento que adquiere en la época del cristianismo.

La familia en Egipto

En la mitología egipcia encontramos algunas huellas de la matriarquía. El culto más antiguo era el de Isis, la diosa de la maternidad, la gran madre, el principio de todas las cosas. Como el culto divino se tributaba a una diosa y el derecho se hacía provenir

de ésta, la reina tenía especiales prerrogativas sobre el rey y el derecho regio se justificaba por medio de la genealogía materna.

Algunos textos de Herodoto y de Diodoro de Sicilia hacen suponer que en la primitiva sociedad egipcia las mujeres ocupaban un lugar preeminente y hasta se dice que en Egipto la función social de los esposos estaba invertida y que eran las mujeres las que ejercían el comercio y dirigían la casa mientras que el hombre ejercía oficios inferiores aun dentro de la familia, pero estas opiniones han sido últimamente combatidas por los egiptólogos. En un tiempo muy antiguo se encuentra ya la constitución patriarcal de la familia y un dominio absoluto del padre o jefe sobre sus mujeres, hijos y esclavos. Pero en el siglo VIII antes de nuestra era se encuentra un alto grado de cultura social y jurídica que se refleja en los derechos de familia. Bajo el reinado de Bocoris hay libertad de contratar y hasta las relaciones familiares se incorporan en la jurisprudencia. El matrimonio es ya un contrato ordinario entre dos personas, que obran con plena libertad.

La desposada no necesita asistencia ni de sus padres, parientes ni tutores. Ella misma conviene con el esposo la cantidad que éste se obliga a darle cada mes o cada año para sus vestidos, gastos ordinarios, etc. Si la contrayente tiene bienes propios, conserva su propiedad y administración y para asegurar la conservación de ellos el marido debe hacer un inventario justipreciado de tales bienes y asegurarlos con los suyos, presentes y futuros. A veces el marido da todos sus bienes a la mujer con el compromiso de que ésta le proporcione lo necesario y los gastos de sepultura.

La poligamia era permitida y no se prohibían las uniones entre hermano y hermana. Se practicaba el divorcio, pero con obligación de indemnizar pecuniariamente a la mujer.

Los hijos heredaban porciones iguales, salvo una mejora en favor del mayor, quien tomaba la representación de la herencia indivisa y estaba obligado a hacer la partición.

Es realmente asombroso el estado jurídico de la mujer casada en el antiguo Egipto y así como a los griegos y romanos les causaba estupor, a nosotros nos produce admiración, sobre todo cuando estudiamos las instituciones de otros pueblos que como Grecia y Roma alcanzaron grandes progresos en la Filosofía y el Derecho, pero desconocieron la libertad jurídica de la mujer.

Estiman algunos que el elevado lugar que tenía la mujer en el derecho egipcio no era otra cosa que una reliquia del matriarcado primitivo, y que las genealogías femeninas y la autoridad de la mujer en la familia no prueban sino que el vínculo paternal no había sido nunca muy firme, por lo cual la representación familiar correspondía a la madre y después a la hija mayor, pero el estudio de otras instituciones egipcias, como el derecho de propiedad y los contratos, nos mueven a creer en un admirable progreso jurídico, desarrollado en la larga evolución de aquel pueblo que transformó su cultura en un período de cuatro a cinco mil años.

Para terminar este resumen diremos que en Egipto se practicaron tres clases de matrimonios: uno *servil*, en que la mujer venía a ser casi esclava del marido; otro en que se establecía la igualdad de derechos entre los cónyuges y una especie de comunidad en los bienes conyugales, y un tercero que participaba de ambos caracteres y se distinguía por cierta dote o donación nupcial que el marido hacía a la mujer en el acto del matrimonio.

Parece que estas costumbres se conservaron durante la dominación persa y macedonia y hasta la dinastía de los Tolomeos, en que bajo la influencia griega empezó a decaer el estado social de la mujer. Desde el siglo segundo antes de nuestra era empiezan a modificarse los contratos de matrimonio en un sentido desventajoso para la mujer. La dote no la administra ya ésta, sino el marido. Subsistiendo la comunidad de bienes, algunas veces se reduce a una simple sociedad de adquisiciones en que la mujer no tiene sino una tercera parte. En esta época se reconoce también la influencia griega en el establecimiento del divorcio en favor de la mujer.

Bajo la dominación romana se respetan los usos y costumbres nacionales y merece citarse una decisión del emperador Augusto, según la cual se reconoce a las mujeres de Egipto el derecho a sus dotes, las que no pueden arrebatarse ni los acreedores del marido.

La familia en Grecia

Los primeros pobladores de Grecia, que se conocen con el nombre de aqueos y más tarde con el de jonios y eolios, eran pastores seminómades de la llamada hoy península balcánica. Era-

bundos con sus rebaños en busca de pastos apropiados por la llanura y los bosques de la montaña, no habían llegado jamás a constituir un Estado. Su patria era el clan patriarcal, que ellos llamaban *genos* y cuyos miembros descendían del mismo antepasado y adoraban al mismo dios. Estos clanes, cuando se asociaban en grupos, formaban fraternidades o *fratrias*. Cuando varias *fratrias* se agrupaban para emprender grandes expediciones o largas emigraciones, tomaban el nombre de tribus o *phylai*. Cada una de estas tribus tenía su dios y su grito de guerra, cada una organizaba su ejército y obedecía a su rey, el *phylobasileus*, pero todas juntas reconocían la autoridad de un rey supremo, el *basileus* o jefe.

En aquellos tiempos sólo el clan, o el *genos*, tenía una organización sólida y duradera. Cuando el *genos* llegó a ser sedentario en el territorio griego, continuaron reuniéndose en torno al hogar común todos aquellos que perpetuaban la sangre de los antepasados. No había precisión en los lazos de parentesco: todos los *genetes* eran hermanos entre sí. Se recuerda siempre aquellas habitaciones que contenían varios centenares de personas emparentadas. Homero nos presenta todavía a 50 hermanos y a 12 hermanas que viven juntos en la morada de Príamo, con sus esposas y sus maridos, sin contar los hijos.

El grupo así formado goza de una independencia completa y no admite límites a su soberanía. No conoce más obligaciones que las que le impone la religión común. Todo lo que forma parte del grupo, personas, animales y cosas, está unido por los lazos de una solidaridad absoluta: es lo que se llama la *philotes*, palabra que se puede traducir con la de *amistad*, pero que en realidad designa una relación más jurídica que sentimental.

El *genos* posee, pues, con la casa consagrada por el hogar, toda la tierra del contorno consagrada también por la tumba del antepasado, todos los campos, viñas, olivares y pastos que se necesitan para alimentar tantas bocas. Este dominio, con el ganado y los pocos esclavos que contiene, pertenece en común a todo el grupo. Siendo colectiva, la propiedad es por eso mismo inalienable, indivisible; sin reglas de sucesión se trasmite eternamente de todos los muertos a todos los vivos. Y para merecer el derecho a disfrutarla, cada uno, grande o pequeño, debe trabajar para los demás.

El jefe del *genos* siempre está designado: es el que se remonta

lo más directamente, de varón a varón, al antepasado divino y que, por lo tanto, lleva en sus venas la sangre más pura. Al mismo tiempo es el sacerdote del dios que encarna y preside todas las ceremonias que reúnen a los *genetes* en torno del hogar y ofrece los sacrificios y las libaciones que aseguran su prosperidad. No sólo tiene un poder absoluto sobre su mujer, que puede abandonar, vender o matar sin necesidad de justificarse, sino también una autoridad sin límites sobre todos los miembros de su grupo. Para hacer reinar la paz interior, proclama, interpreta y hace ejecutar la voluntad divina. Con el cetro ha recibido el entendimiento de los *themistes* y los juicios infalibles que una sabiduría sobrehumana le revela por medio de sueños u oráculos o que le sugiere el fondo de su conciencia. Transmitido de padres a hijos desde el origen de los tiempos, aumentando con nuevas aportaciones de una en otra generación, los *themistes* forman el código misterioso y sagrado de la justicia familiar, de la *themis*.

Así nos describe Glotz en "La ciudad griega" la primitiva organización familiar, que sería a la vez génesis y rudimento del Estado griego, pero siguiendo las investigaciones de Fustel de Coulanges, expuestas en "La Ciudad antigua", debemos extendernos un poco en el análisis del factor religioso, principal aglutinante de aquellos grupos primitivos, como nos lo prueba la tradición grecolatina.

Efectivamente, en la más remota antigüedad de todos los pueblos de origen ario hallamos el culto de los muertos, fundado en la creencia universal de una segunda existencia ultraterrena. El hecho de enterrar los cadáveres con vestidos, armas, alimentos y vasos, de derramar vino sobre las tumbas y las ofrendas de comida en ciertos días del año demuestran la creencia general de que el muerto seguía viviendo bajo tierra, antes de que se imaginara la otra vida en los Campos Eliseos o en el Tártaro. De aquella creencia primitiva se originó la necesidad de las sepulturas. El alma que carecía de tumba no tenía morada, vivía errante, sin descanso. Por eso se temía menos a la muerte que a la falta de sepultura. Con la privación de ésta se castigó a los grandes criminales hasta época muy reciente.

Cada muerto era un dios para su familia. Los romanos los llamaron dioses *lares*, *manes*. Los griegos los llamaban *demonios* o *héroes*. Ante la tumba había un altar para los sacrificios, que debían celebrarse en días determinados. Aquellas almas, divinizadas por

la muerte, recibían la veneración de las familias por medio de ritos, ofrendas y evocaciones que constituían una verdadera religión.

A más de este culto de los muertos, tenían los griegos, como la tuvieron los romanos otra religión: la del hogar. En cada casa había un altar; en éste, siempre, ceniza y carbones encendidos, de día y de noche. Llamaban este altar *vesta*, el ara, el *fuego sagrado*. Tenía el fuego doméstico algo de divino; se le rendía culto, se le ofrendaban flores, frutos, incienso, aceites, vino. El dios del hogar presidía las comidas, recibía las primicias de éstas, se le dirigían oraciones. Al entrar o al salir de la casa el hombre se inclinaba ante el ara. Después se asociaron el culto de los muertos y el culto del hogar. Los hacía comunes la familia. La llama ondulante y radiosa evocaba la memoria del antepasado. Así acabaron por confundirse los nombres de los dioses *lares*, *penates*, *manes* y *vesta* en la mitología griega y romana.

En esta religión primitiva cada dios sólo podía ser adorado por una sola familia. En las ceremonias religiosas, comidas fúnebres, sacrificios ante las tumbas, el padre de familia era el sacerdote. Ningún extraño podía participar en ellas. Esta religión doméstica sólo podía propagarse por la generación. El padre transmitía el rito al hijo mayor y el derecho a continuarla. Lo que une a la primitiva familia griega y también a la familia romana es la religión del hogar y de los antepasados.

La familia antigua es, pues, una asociación religiosa más que una asociación natural. Por eso vemos que la mujer que se casa no entra en la familia del marido sino después de que la ceremonia sagrada del casamiento la haya iniciado en el nuevo culto, porque ella pierde la religión de su familia para adquirir la de la familia del marido. No se puede invocar a dos hogares ni a dos series de antepasados. Por eso vemos también que el hijo no figura en la familia si ha renunciado al culto o ha sido emancipado. En cambio, el adoptado será un verdadero hijo, porque si no tiene el vínculo de la sangre posee la comunidad del culto. De aquí proviene también que el legatario que se niega a adoptar el culto de la familia del de *cujus* no disfrutará de la sucesión, y en fin que el parentesco y el derecho de herencia se regulen al principio no por el nacimiento, sino conforme a los derechos de participación en el culto.

El carácter religioso de la familia se advierte principalmente

en el matrimonio griego y romano, al que le dan frecuentemente los escritores el nombre de *sacrum nupciales*. La ceremonia nupcial no se celebraba antiguamente en el templo público sino en la casa, ante el hogar doméstico. La ceremonia entre los griegos se componía de tres actos; el primero, en el hogar del padre; el tercero, ante el hogar del marido; el segundo, era el tránsito del uno al otro:

1o.—En la casa paterna y en presencia del pretendiente, el padre, rodeado ordinariamente de su familia, ofrece un sacrificio. Terminado éste, pronuncia una fórmula sacramental declarando que entrega su hija al joven. Esta declaración es absolutamente necesaria en el casamiento, pues la joven no podría ir en seguida a adorar el hogar de su esposo, si su padre no la hubiese desligado previamente del hogar paterno. Para que éntre en la nueva religión debe estar exenta de todo lazo y de toda conexión con su religión primera.

2o.—Se transporta a la joven a casa del marido. En ocasiones es el marido mismo quien la transporta. En algunas ciudades el cuidado de conducir a la joven corresponde a uno de esos hombres que estaban revestidos entre los griegos de carácter sacerdotal y recibían el nombre de heraldos. Ordinariamente se coloca a la joven en un carro, el rostro cubierto con un velo y en la cabeza una corona. Como frecuentemente tendremos ocasión de ver, la corona se usaba en todas las ceremonias del culto. Su traje era blanco. Blanco era el color de los trajes en todos los actos religiosos. Se la precede con una antorcha: es la antorcha nupcial. Durante toda la carrera se canta en torno de ella un canto religioso. Llamábase a este himno el *himeneo*, y la importancia de semejante canto sagrado era tan grande, que daba su nombre a toda la ceremonia.

La joven no entra por su pie en la nueva morada. Es preciso que su marido la alce, que simule un rapto, que ella profiera algunos gritos y que las mujeres que la acompañen simulen defenderla. Tras una lucha simulada, el esposo la alza en sus brazos y la obliga a rebasar la puerta, pero teniendo buen cuidado de que sus pies no toquen el portal.

Lo que precede sólo es preparación y preludio de la ceremonia. El acto sagrado va a comenzar en la casa.

3o.—Acercándose al hogar, se coloca a la esposa en presen-

cia de la divinidad doméstica. Se la rocía de agua lustral y toca el fuego sagrado. Se recitan algunas oraciones. Luego compar-ten ambos esposos una torta, un pan, algunas frutas.

Esta especie de ligera comida que comienza y termina con una libación y una oración, este reparto de la comida en presencia del hogar, coloca a los dos esposos en mutua comunión religiosa y en comunión religiosa con los dioses domésticos.

Se advierte, pues, por el relato de estas costumbres antiguas que en Grecia, lo mismo que en la India y en Roma, la familia se vincula más por el culto religioso que por el parentesco. Consecuencia de ésto es que la mujer tenga en la familia un lugar secundario. Nunca puede tener un hogar propio, jamás presidir el culto. Siempre está junto al hogar de otro, repitiendo la oración de otro. Para todos los actos de la vida religiosa necesita un jefe, y, como reflejo de esta dependencia, para todos los actos de la vida civil necesita un tutor.

Veamos ahora algunos detalles del derecho de familia en las dos principales legislaciones griegas, la de Atenas y la de Esparta.

En Atenas, el matrimonio no se reconocía sino el que se celebraba entre ciudadanos. La dote era obligatoria, y no la ofrecía el marido, sino la mujer o los padres de ésta, debiendo cumplir esta obligación el más próximo pariente si la desposada era pobre y no tenía padres vivos.

Era permitido el divorcio, aunque al principio con muchas restricciones. Si lo pedía el marido, tenía que devolver la dote y suministrar alimentos a la mujer. Algunos textos refieren que la mujer adúltera podía ser castigada por su esposo a su voluntad y que aun podía vender a la culpada. Si existió la pena de muerte para la mujer infiel, opina Dufour que fue una ley sin aplicación, pero sí fue general la costumbre, en las primeras épocas, de excluir a la mujer infiel de las fiestas públicas y de los templos. También el cómplice del adulterio era castigado, aunque cuando se relajaron las costumbres la pena consistía únicamente en una indemnización pecuniaria que percibía el marido engañado.

Se encuentran en la historia casos de matrimonio entre hermanos consanguíneos, como el de Cimón y Elpinice.

La patria potestad se ejercía sobre los hijos legítimos y tam-

bién por la legitimación y la adopción. Era casi un derecho de propiedad, más que el derecho moral de educar y reprimir a los hijos. El padre podía arrojar al hijo de su casa y de su familia, declarando al magistrado que cesaba de reconocerlo. Antes de cumplir un año, el niño debía ser presentado a su curia y en medio de un sacrificio solemne juraba el padre haberlo tenido de una ateniense. Se hacía esto en las fiestas públicas de las Apaturias y se repetía la ceremonia cuando el hijo llegaba a los 15 años. Esta segunda admisión consagraba el parentesco público.

En Esparta, en las primeras edades, la condición de la mujer fue un poco más alta que en Atenas. Es bien conocida la intensidad del amor patrio que la filosofía y la política imprimieron a los griegos, sobre todo a los lacedemonios. Licurgo estableció para las mujeres el ejercicio físico con el fin de que procrearan hijos vigorosos que fueran después los defensores de la república. Las mujeres estaban encargadas de la educación filial y gozaban del más acendrado respeto de los ciudadanos. "Vosotras las espartanas —dijo una vez una extranjera a la madre de Leonidas— sois las únicas que mandáis a los hombres". —Y ésta dijo: "Es porque nosotras somos las únicas que damos hijos al mundo".

Los griegos, tan indulgentes con las cortesanas, exigían la clausura de las esposas en el hogar, en el gineceo, o en la estancia del ara, los lugares más discretos de la casa. No pueden concurrir a las representaciones teatrales ni a los juegos públicos, y para ir a las fiestas religiosas o a las ceremonias cívicas necesitan la compañía de sus esclavos y esclavas. Los magistrados velaban porque estuviesen con compostura y vistieran con recato y sin lujo.

Los anteriores apuntes se refieren a las primeras edades de Grecia, cuando las costumbres eran severas y cuando la austeridad republicana trascendía a los hogares y a los derechos de familia, cuando el matrimonio era obligatorio y la moral no se había relajado con la riqueza y la afluencia de extranjeros, pero a partir del siglo IV aparecen en las grandes ciudades la crisis del matrimonio y el reinado de las cortesanas. Ya desde el principio se advierte entre los griegos el temor a las familias numerosas, pero al marcarse la decadencia de las ciudades empiezan a practicarse todos los medios del malthusianismo más reprobable para limitar la natalidad: el aborto, el infanticidio, la exposición y abandono de los hijos y hasta el amor homosexual. El aborto sólo es punible cuando es pro-

vocado por la mujer antes de término, contra la voluntad del marido, pero si éste lo ordena, nada tenía que hacer la justicia. La exposición de los hijos se vuelve de uso frecuente. Con el pretexto de mantener la pureza de la raza y de impedir las consecuencias de la lubricidad, pide Platón la muerte de todos los niños enfermos o nacidos de padres demasiado viles o demasiado viejos, y Licurgo adopta estas medidas en las leyes de Esparta. Polibio comenta esta situación y dice: "Por vanidad, por avaricia o por cobardía, los hombres no quieren casarse ni aun tener hijos fuera del matrimonio; apenas si conservan uno o dos para dejarles la fortuna y asegurarles una existencia fastuosa... Las ciudades están desiertas y los campos abandonados, sin que haya guerras constantes, ni epidemias".

La costumbre, la ley y los filósofos aceptan, toleran o aconsejan aquellas medidas que tienden a restringir el aumento de población. En vano Aristóteles considera el matrimonio como una comunión de almas destinada a satisfacer todas las necesidades morales de la existencia y a procurar a los esposos las ventajas y las dulzuras de una mutua ternura. En vano la filosofía estoica predica la igualdad moral entre la mujer y el hombre y pide para aquella un desarrollo intelectual más completo para que pueda ocupar dignamente su sitio en el hogar doméstico. En vano proclama Platón la igualdad social y civil de la mujer. Ya en el camino de la decadencia, el matrimonio deja de ser la obligación civil y religiosa que buscaba la continuidad de la familia y del culto doméstico, y apenas si se procura tener un hijo único cuando se quiere dejar posteridad.

Como consecuencia natural de la limitación de la natalidad, y a la vez causa de ésta, aparece en Grecia la crisis del matrimonio. El concubinato, que se admitía antes para la procreación de hijos libres en casos de matrimonio estéril, viene a tornarse en costumbre general que no causa escándalo ni produce sorpresa. Y al lado del concubinato surge la prostitución organizada, tolerada por las leyes; el hetairismo, en que las cortesanas suben a las altas esferas sociales, concurren a las academias, a las sesiones de los tribunales, a los pallenques literarios. "Ellas aplauden a Fidias, a Apeles, a Praxiteles, a Zeuxis, tras de suministrarles en sí mismas modelos inimitables de belleza. Inspiran a Sófocles, a Eurípides, a Menandro y los animan a disputarse las palmas del teatro. Los filósofos, los generales, los poetas tienen sus cortesanas preferidas. Si alguna

vez son acusadas de impiedad o de indiferencia por las leyes de la República, el Aerópago las absuelve, como a Aspasia, cuando fue amante de Pericles, o como a Friné, defendida por Híspérides con sólo exhibirla desnuda ante los jueces".

A qué se debió aquella limitación voluntaria de la nupcialidad y sus naturales consecuencias: disminución de la natalidad, aumento de la prostitución, amor contra natura? Posiblemente a que por causa del matrimonio obligatorio hubo una superpoblación en las primeras épocas y empezaron a escasear las tierras apropiables. Además, la propiedad estaba mal distribuida. Como vimos atrás, la tierra pertenece a la familia, a la gens y la propiedad familiar no puede ser dividida. En Esparta, por ejemplo, la propiedad familiar es una especie de mayorazgo indivisible, de modo que los segundones tenían que establecerse por aparte, sin bienes herenciales y su pobreza les obligaba a tomar una esposa para todos. La posesión de las tierras fue por largo tiempo un verdadero privilegio de la nobleza. Todos los que carecían de los derechos cívicos no pueden poseer ninguna propiedad. Es, pues, un motivo económico lo que explica en Grecia este interesante fenómeno social, que se repite, andando los siglos, en algunas naciones contemporáneas.

La familia Romana

Como la gens, de donde salía, la familia romana era una sociedad religiosa. Tenía su culto y sus fiestas, *sacra privata*, en que los pontífices de la ciudad no tienen más que un derecho de vigilancia. El culto doméstico se rendía a los dioses *penates*, protectores de la casa, al *lar domésticus* o *familiaris*, a los dioses *manes*, almas veneradas de los antepasados. El pater-familias era el sacerdote que celebraba los ritos ante la tumba común y ante el fuego sagrado del hogar, que ardía en el *atrium*.

La familia romana tenía también un carácter de sociedad civil. Su constitución autónoma y su forma monárquica hacían del pater-familias un magistrado doméstico que ejercía derechos por sí mismo, con la garantía de la ley, con plena autoridad en su casa, donde el poder público no podía penetrar. Esta magistratura tenía hasta funciones judiciales, pues el pater-familias podía juzgar y sentenciar a sus parientes y castigarlos con la exclusión de la *domus*, con la prisión, con la flagelación y aun con la muerte.

La familia tenía un patrimonio común, que pertenecía al padre y a sus descendientes bajo patria potestad, pero sólo aquel podía disponer de los bienes, los cuales administraba libremente durante su vida y de los que podía disponer por causa de muerte, con las restricciones que poco a poco fue fijando el derecho.

La palabra familia, del latín *fámulus*, criado, designa en su acepción jurídica la reunión de todas las personas y cosas que la ley coloca bajo la potestad del pater-familias. Bajo la dependencia de éste se cuentan: 1o. los esclavos, 2o. los descendientes, 3o. la mujer *in manu*, y 4o. los hombres libres *in mancipio*.

1o.—El poder que se ejerce sobre los esclavos se llama potestad dominical y es un verdadero derecho de propiedad. La esclavitud nace de la guerra. Los prisioneros vienen a ser cosas adquiridas por el vencedor, de las que dispone a su talante. El dueño de los esclavos los obliga a trabajar, los juzga, los castiga a su capricho y tiene sobre ellos el derecho de vida o muerte. El esclavo no puede tener patrimonio — es un instrumento de adquisición para su amo — a menos que éste le conceda un peculio, con el cual puede algún día libertarse. Fuera de la cautividad, se nace esclavo si la madre es esclava. Además, caen en esclavitud los que rehusan inscribirse en el censo; los que se sustraen al servicio militar; el ladrón cogido *in fraganti delicto* y el deudor insolvente. Estos eran vendidos *trans Tiberim*, es decir, en el extranjero, y su precio aprovechaba al pueblo en los dos primeros casos, o al acreedor, o al robado en los dos últimos. Otros medios de esclavitud surgieron después como penas para delitos que no habían sido previstos.

2o.—La patria potestad es el poder propio de los ciudadanos romanos que los pater-familias ejercen sobre sus hijos y demás descendientes por línea masculina, procreados en justas nupcias.

El jefe de *domus*, que ha tomado una mujer para tener hijos, no se compromete a aceptar todos los que ella le pueda dar. El puede ordenar el aborto, que no ha sido castigado sino muy tarde. Si esto no ha sucedido, el niño le es presentado a su padre, quien puede rechazarlo, repudiarlo y en este caso el niño despreciado es expuesto, vendido o muerto. Quien lo encuentra puede hacer de él su esclavo. Si el padre lo recibe o lo acepta, se le somete ocho o nueve días después a la *lustratio*, es presentado a los dioses de la casa y dotado de un apellido. Así podrá continuar el culto doméstico y llegar a ser heredero de su padre.

Aceptado el hijo por el paterfamilias queda toda su vida bajo la potestad de éste, no importa la edad de aquel. La historia nos muestra a menudo al hijo de familia, cónsul o pretor, entrando al hogar doméstico e inclinándose ante la autoridad paterna, después de ejercer poco antes funciones de mando en la República.

Estas reglas austeras de la organización familiar decayeron poco a poco. Para Roma —dice Bry— afeminada, invadida por los pueblos nuevos, gobernada por libertos, la antigua ley de la familia era demasiado enérgica, demasiado nacional y demasiado patriótica. Ella fue al principio el elemento fundamental de la República, que conservaba la unidad religiosa y civil y enseñaba a los hijos, bajo el poder de un jefe único y omnipotente, a respetar la autoridad del Estado. De aquella disciplina severa en la organización familiar nació la fuerza que hizo de Roma la dueña del mundo entero durante tanto tiempo.

Bajo la patria potestad, el hijo es libre, ingenuo, ciudadano, apto para los cargos públicos, capaz de comparecer en justicia como demandante o como demandado y participa de los *sacra privata* del padre. Sin embargo, al principio, el padre posee sobre su hijo el derecho de vida y muerte y, como si se tratara de una cosa, puede abandonarlo, manciparlo, (venderlo) como esclavo al extranjero, o hacerlo caer *in mancipio* si lo vende en territorio romano.

Más tarde, en la época clásica, se prohíbe al padre maltratar a su hijo y darle muerte. Constantino establece la pena de parricidio para el que da muerte al hijo. Cuando éste es culpable, debe someterse a la justicia ordinaria. Bajo Justiniano, el hijo expuesto viene a ser *sui juris*, y la hija obligada por su padre a la prostitución debe ser emancipada; se prohíbe el abandono de los hijos y la mancipatio o venta real no se autoriza sino en caso de extrema miseria del padre y cuando el hijo acaba de nacer.

En cuanto a los bienes, el hijo no tiene patrimonio, pero es copropietario de su padre y futuro heredero suyo. Sus adquisiciones aprovechan al padre y si éste le concede un *peculio*, apenas tiene el derecho de administrarlo y usufructuarlo. En la época clásica fueron creados los *peculios castrense* y *cuasi-castrense*, sobre los cuales el hijo tiene la plena propiedad y que le valen el título de paterfamilias. Más tarde se creó el *peculio adventicio*, sobre el cual tenía el hijo la nuda propiedad, y el padre su goce y administración, la cual concede al padre de familia el usufructo de los bienes que pertenecen a sus menores hijos.

Fuera de la filiación legítima había otras fuentes de la patria potestad, que eran la legitimación, la adopción y la adrogación.

La legitimación era el medio de adquirir la patria potestad sobre los hijos nacidos de concubinato. El concubinato romano no era la unión irregular del derecho moderno, sino un matrimonio regular que no podía tener la categoría de justas nupcias por causas de moralidad pública, tales como parentesco, impubertad, existencia de un matrimonio o de un concubinato anterior, etc.. La verdadera legitimación aparece en la legislación romana en la época de Constantino, cuando bajo la influencia del cristianismo surge la idea de reparación por medio del matrimonio subsiguiente para regularizar la situación legal de los hijos habidos antes del matrimonio. Bajo el reinado de Justiniano se hace posible la legitimación por otro medio: el *rescripto del príncipe*, y se practicaba cuando no podía verificarse el matrimonio, por muerte o ausencia de uno de los concubinos, o por indignidad de la concubina. Más tarde se estableció otro medio de legitimación cuando el padre ofrecía el hijo natural a la curia para hacer de él un *decurión*.

La adopción la define nuestro código civil como el prohiamiento de una persona, o la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza.

La adopción entre los romanos tenía por objeto mantener la grandeza de un nombre que podía extinguirse, junto con el culto de los antepasados, perpetuar la personalidad civil del adoptante y asegurarse un heredero. Sólo el paterfamilias puede adoptar, y necesita la aptitud física para engendrar porque la adopción debe imitar a la naturaleza. Por esto se exige que el adoptante tenga diez y ocho años más que el adoptado. (quince años en el derecho lombiano).

Diocleciano permitió después la adopción a las mujeres que hubieran tenido hijos y hubieran fallecido.

El adoptado sale de su familia natural y pierde sus derechos de agnación, pero toma los de la familia adoptiva y adquiere derechos de sucesión sobre los bienes del adoptante. El nombre de la gens y de la familia de éste seguirán siendo los del adoptado, quien no conserva sino su nombre propio y el de su gens primitiva.

La adrogación —también fuente de la patria potestad— es la adopción de los *sui juris*. Por este medio un jefe de familia pa-

saba a la potestad de otro, de modo que la *domus*, el culto y el patrimonio de aquel dejaban de existir, para confundirse con los del adrogante. Siendo algo que afectaba profundamente los intereses religiosos y políticos de la ciudad, se requería la aprobación de los pontífices y también la del pueblo. Más tarde, en la época del Bajo Imperio, la adrogación se hace por rescripto imperial. Es, pues, siempre el Poder Legislativo el que interviene para consentir en este acto, como lo requiere la gravedad del mismo.

El adrogante debe tener 60 años de edad, para que pueda presumirse que no tendrá hijos en justas nupcias.

No puede ser adrogado sino el que es *sui juris* y ciudadano romano y, naturalmente, su consentimiento es indispensable para la adrogación.

Los efectos de la adrogación son los mismos que los de la adopción. El adrogado viene a ser como hijo del adrogante, con todas las consecuencias sociales y familiares que su nueva situación le acarrea.

3o.—**LA MANUS.**—Ya hemos dicho que bajo la autoridad del *pater familias* se encuentra también la mujer *in manu*. Esta tercera clase de potestad es análoga a la que se ejerce sobre los hijos y se refiere a la dependencia de la mujer respecto de su marido, como consecuencia de las justas nupcias.

Aunque no es inherente al matrimonio, se puede decir que al principio del derecho romano no hay matrimonio sin *manus*, pero se requiere un acto jurídico especial para establecerla, la mujer no puede colocarse bajo esta potestad por sí sola, sino que necesita la *auctoritas* de su tutor si es *sui juris*, o el consentimiento de su padre si está bajo patria potestad. Al fin de la república, cuando los divorcios se hacen frecuentes y se relajan las costumbres, la *manus* va desapareciendo, hasta extinguirse al fin del siglo tercero de la era cristiana.

Nació la *manus* de tres modos: por la *confarreatio*, por la *coemptio* y por el *usus*. El primero era el modo propio de los patricios. Consistía en una ceremonia religiosa celebrada por el gran pontífice y el flámine de Júpiter, en presencia de 10 testigos y con palabras solemnes. La mujer debía tener en la mano un pan de trigo (*farreus panis*), símbolo de su asociación a la vida entera del marido. Este modo cayó pronto en desuso.

La *coemptio* era una mancipación o venta de la mujer al marido, que hacía ella misma, con la *auctoritas* de su tutor si es *sui juris* o por su padre si está bajo el poder de éste. La mujer pasaba bajo la *manus* del marido, gracias a las palabras especiales de la *coemptio*. Este modo, propio de los plebeyos, se generalizó cuando dejó de existir la *confarreatio*.

El *usus* es una especie de usucapión de la mujer por el marido después de un lapso de un año, de modo que era como si el marido pudiese prescribir a la mujer por el uso ininterrumpido de un año, tal como sucedía para la prescripción de las cosas muebles. La mujer podía evitar la *manus* en este caso durmiendo tres noches seguidas fuera de la casa. Al fin de la época clásica desaparece también esta forma de la *manus*.

Por causa de la *manus* la mujer sufre una *capitis deminutio*; deja de ser *sui juris* o sale de la patria potestad para entrar a la familia del marido, de quien viene a ser como hija y, más tarde, como una hermana de sus propios hijos, quienes podrán ejercer la tutela sobre ella a la muerte del marido. El patrimonio de la mujer queda absorbido por el del marido, pero adquiere derechos a la sucesión de éste, en calidad de heredera.

La *manus* podía extinguirse por medio del divorcio. Digamos, por último que antes de Justiniano ya había desaparecido completamente esta potestad del hombre sobre la mujer.

4o.—**MANCIPIUM.**—La cuarta clase de potestad que tenía el *pater familias* era la que él ejercía sobre los hombres libres *in mancipio*, y que resultaba de estos dos casos principalmente: cuando el padre abandonaba sus hijos en provecho de la víctima del delito (abandono noxal), y cuando por miseria del padre mancipaba éste a su hijo para obtener un producido de los servicios que el hijo prestaba al adquirente. La ley de las XII Tablas, para impedir el abuso de ventas sucesivas —la *mancipatio* no podía durar sino un lustro— prescribió que el hijo vendido tres veces quedaria libre de la patria potestad. En tiempo de Justiniano la *mancipii causa* deja de existir y únicamente se tolera en los casos de extrema miseria de los padres y cuando el hijo acaba de nacer.

Los efectos del *mancipio* son los siguientes: el hombre mancipado debe trabajar por cuenta de su adquirente, no puede obligarse civilmente por sus contratos y necesita ser mancipado para

poder recibir legados, pero no pierde el derecho de ciudadanía ni su calidad de hombre libre.

MATRIMONIO.—Los romanos distinguen cinco uniones entre el hombre y la mujer: justas nupcias, injustas nupcias, concubinatio, contubernio y estupro, pero la primera unión es la única que da a los hijos la calidad de *liberi justí*, y hace nacer la patria potestad.

Al matrimonio entre ciudadanos romanos es al que se le aplica el nombre de justas nupcias y Modestino lo define así: *consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. Como resultado de esta asociación conyugal, la mujer adquiere el rango, el título y el domicilio de su marido, toma de éste todos los lazos de agnación y su culto doméstico.

Los elementos esenciales de esta unión son el consentimiento de los dos esposos y la *deductio in domum mariti*. Este segundo elemento significa que la mujer debe ser puesta a la disposición del marido, conducida al domicilio del marido, que es el domicilio conyugal. La cohabitación efectiva no es absolutamente necesaria, pero se requiere que sea posible. La ceremonia es muy semejante a la que se usaba en Grecia y no exige el concurso de ninguna autoridad civil o religiosa, salvo el caso de la *manus por confarreatio*, como vimos atrás. Fue después de Justiniano cuando León el Filósofo exigió en el imperio de Oriente la bendición nupcial como condición de validez del matrimonio civil.

Al principio no se exigía ninguna constancia oficial que pudiera servir como prueba del matrimonio, sin embargo en la práctica se acostumbraba redactar una acta dotal y, en su defecto, las solemnidades externas que las costumbres daban a las justas nupcias, y los testimonios de las personas que las presenciaban, servían para comprobar que la mujer había sido recibida como esposa legítima. Además, los jurisconsultos admitían que entre personas de condición igual y honorable la unión hacía presumir las justas nupcias. Este principio subsiste hasta el Bajo Imperio y Justiniano prescribe expresamente que la cohabitación hace presumir el matrimonio entre personas libres e ingenuas y exige, además, la redacción de una acta nupcial para los senadores y las personas de ilustre condición.

El matrimonio aseguraba la perpetuidad de la familia y de los

sacra privata. En la gens primitiva el celibato estaba prohibido. Cuando se organizó la ciudad, los censores vituperaban a los ciudadanos no casados y más tarde las leyes los privaron de ciertos derechos. En tiempo de Costantino se derogaron las leyes que castigaban el celibato con el evidente propósito de favorecer a los clérigos, pues ha de recordarse que Constantino proclamó la tolerancia religiosa por el edicto de Milán, en el año 313.

Los romanos no reconocieron jamás la poligamia. Desde los primeros tiempos del Derecho encontramos la organización de la familia monogámica. El pueblo romano consideró siempre al matrimonio como una sociedad santa y, en un principio, indisoluble.

Las justas nupcias entrañan un deber recíproco de fidelidad sancionado por las leyes. El adulterio de uno de los esposos es justa causa de divorcio, y cometido por la mujer se considera más grave y se le castiga más severamente. En caso de flagrante delito se autorizaba al marido para matar la mujer o para conducirla al tribunal doméstico, donde podía ser condenada a muerte o a destierro si el adulterio no había sido sorprendido en el acto. Según la ley Julia, el marido adúltero podía ser castigado con la restitución inmediata de la dote, e imponía al marido la obligación de repudiar a la mujer si era ella la adúltera.

En un principio, el *pater familias* era el único que podía juzgar sobre las condiciones de validez del matrimonio, pero cuando la familia empezó a perder su austeridad intervino el Estado para señalar ciertos impedimentos, que podemos llamar hoy impedientes, porque no anulaban ciertamente el matrimonio. El único impedimento que se remontaba a las más antiguas costumbres era el que nacía de la proximidad de la sangre entre los esposos: en línea directa el matrimonio está prohibido hasta el infinito entre ascendientes y descendientes, naturales o adoptivos; en línea colateral, la unión se prohíbe entre hermanos y hermanas y, en general, hasta el sexto grado, pero después se limitó al cuarto grado. El matrimonio entre tío y sobrina y sobrino y tía estuvo expresamente prohibido hasta que el emperador Claudio lo permitió, con la aprobación del Senado, para poder casarse con su sobrina Agripina, pero Constantino derogó esta decisión de Claudio y restableció la prohibición bajo pena de muerte, pena que fue más tarde suprimida por Justiniano, pero dejando subsistir la prohibición. Entre afines se prohíbe la unión en línea directa y también entre cuñado y cuñada.

Además de la falta de parentesco, se requería, para que las justas nupcias fueran válidas, las siguientes condiciones: pubertad de los contrayentes, inexistencia de un matrimonio anterior, consentimiento del jefe de familia y el *connubium*.

La pubertad supone la aptitud física de la procreación: para la mujer fue fijada en 12 años, y en 14 para los hombres.

En tiempo de Augusto, bajo las leyes caducarias, el pretor puede obligar al padre a consentir en el matrimonio de sus hijos, de modo que en esta época ya no es forzoso el consentimiento del padre.

El *connubium*, o *jus connubii* es la aptitud legal para contraer las justas nupcias. Carecen de esta capacidad los esclavos, los peregrinos (naturales de un pueblo aliado o súbdito de Roma) y los latinos que no han obtenido este favor especial. La concesión del derecho de ciudadanía a todos los residentes en el Imperio hizo desaparecer esta incapacidad en tiempo de Caracalla, pero subsiste la prohibición para las uniones entre bárbaros y romanos y también para los soldados en servicio activo.

Debemos anotar especialmente que la Ley de las XII Tablas prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos; la Ley *Canuleia* derogó esta prohibición pero dejó subsistir la prohibición para las uniones entre ingenuos y libertos.

INJUSTAS NUPCIAS.—Estas eran las que se contraían entre personas que por razón de su nacionalidad no tenían el *jus connubii*. Esta forma desapareció cuando el derecho de ciudadanía fue otorgado a todo el imperio.

CONCUBINATO.—Es una unión regular, que no puede tener la categoría de *justas nupcias* por algún motivo de moralidad pública, como parentesco, existencia de un matrimonio o de un concubinato anterior, condición inferior de uno de los cónyuges, etc. No se le debe confundir, por lo tanto con el concubinato del derecho moderno, que es una unión irregular, fuera de la ley. En el concubinato romano la mujer no adquiere la condición social de su marido ni puede ella aspirar al título de *materfamilias*. En este caso el adulterio no tiene sanción. En la época clásica, dicen los jurisconsultos que las justas nupcias y el concubinato se distinguen

solamente por la intención, aunque sigue presumiéndose que la unión con una mujer de costumbres honestas es un matrimonio y no un concubinato. León el filósofo le quitó el carácter legal a esta clase de uniones, como contrarias al espíritu del cristianismo.

CONTUBERNIO.—Es la unión regular y continua entre dos esclavos, o dos personas, una de las cuales era esclava. Esta unión no produce entre las partes ningún efecto legal, pero Constantino concede un derecho de sucesión recíproca entre el hijo y su padre, siempre que fueren libres en la época de deferirse la herencia.

Respecto de los hijos habidos en estas tres clases de uniones son todos *liberi non justii* y no caen bajo la patria potestad, salvo caso de legitimación posterior, pero su filiación se considera cierta respecto del padre, aunque en general sigan la condición de la madre. A los hijos nacidos de concubinato se les da el nombre especial de *liberi naturales*.

ESTUPRO.—Se llama así cualquiera unión de un hombre con una mujer, que no pueda clasificarse entre las anteriores. Entran en esta denominación las uniones fortuitas y pasajeras. El hijo nacido de *stuprum* no tenía filiación paternal, sino ciertas relaciones jurídicas con su madre y los cognados de ésta; se le llamaba espurio. El derecho romano no había admitido el reconocimiento de los hijos naturales, como lo hizo la legislación moderna.

LA DOTE.—La dote comprendía todo lo que la mujer u otra persona daba al marido para subvenir a las cargas del matrimonio. Cuando este era contraído con *manus*, todo lo que aportaba la mujer venía a ser propiedad definitiva del marido. Si la mujer no estaba bajo la *manus* y era *sui juris* podía otorgar la dote, pero reservarse la propiedad y uso de ciertos bienes, que se llamaban *parafernales*.

La hija de familia no podía constituir dote porque no tenía patrimonio, pero la costumbre imponía este deber a su padre, que después se convirtió en obligación legal y se extendió a los demás ascendientes, si la hija *sui juris* no podía dotarse por sí misma. Cuando el marido era *alieni juris*, la dote entraba al patrimonio del padre de aquella y cuando éste moría ya la podía adquirir el marido.

Al principio, el marido era *dominus dotis*, es decir, podía enajenar e hipotecar libremente los bienes que formaban la dote, pero

en la época de Augusto la ley Julia prohibió al marido la enajenación de los inmuebles situados en Italia y cuya propiedad se había transferido sin estimación, a menos que la mujer consintiera en la enajenación. El marido quedaba libre de disponer como quería de los bienes muebles, de los inmuebles estimados y también de los fundos provinciales, pero la enajenación de los inmuebles itálicos quedaba viciada de nulidad.

Más tarde, Justiniano prohibió al marido enajenar e hipotecar aun con el consentimiento de la mujer y la prohibición se hizo extensiva a los fundos provinciales y, además, le concedió a la mujer una hipoteca privilegiada, como en el derecho egipcio, sobre los bienes del marido para garantizar la restitución de la dote.

Al principio no existía la obligación de restituir la dote a la disolución del matrimonio; esta obligación se estableció cuando el divorcio entró en las costumbres romanas y se buscaba con ello que la mujer repudiada no quedara sin recursos.

Antes de la disolución del matrimonio podía la mujer pedir la restitución de su dote si la torcida administración del marido o su insolvencia amenazaban hacer ilusoria la restitución futura. Esta restitución anticipada puede considerarse como la base de la moderna separación de bienes entre los esposos.

LA LEY JULIA.—Fuera de lo que dispuso esta ley sobre la prohibición de enajenar los bienes dotales de la mujer (inmuebles situados en Italia), prescribió también algunos deberes con relación a la familia; trató de reformar las costumbres con un sistema de premios y castigos, convirtiendo el matrimonio en deber público, como lo era para los antiguos, persiguiendo el celibato como plaga social y considerando depresiva la falta de hijos; restringió la capacidad de heredar a los célibes; prohibía las nupcias de personas de familia de senadores con actores o actrices y también las uniones de ingenuos con mujeres de baja condición.

Esta Ley fue propuesta al senado en el año 736 por Octaviano, pero ni el senado ni el pueblo la aceptaron, hasta que, modificada, la propusieron nuevamente los cónsules Papio Rutilio y Quinto Poppeo y fue recibida con el nombre de *Lex Julia et Papia Poppea*.

LEYES OPIA Y VOCONIA.—La primera de estas leyes es-

tableció reglas para limitar el lujo de las mujeres. La segunda prohibió instituir a las mujeres, herederas de un ciudadano cuya fortuna fuese o excediera de cien mil ases. A propósito del derecho de herencia de las mujeres conviene recordar que la ley de las XII Tablas les prohibía recibir la herencia de sus hijos, hasta que, en la época de Adriano, se modificó esta prohibición por el senado-consulta Tertuliano, que permitió la institución hereditaria materna, no con el deseo de mejorar la situación de la mujer sino con la intención de aumentar la población, pues este beneficio no se concedía sino a las que tenían por lo menos tres hijos.

NOVELA 117.—En el año 544 el Emperador Justiniano establece en la novela 117 que en caso de muerte del marido tiene derecho la viuda a una parte de la herencia que, limitada a un máximo de cien sueldos de oro, puede ser una cuarta parte de la sucesión si no hay más de tres hijos, y, en caso contrario, a una parte viril en usufructo o en propiedad, según que uno, por lo menos, de los hijos sea o no habido de ella. (Se entiende por parte viril la que un heredero tiene en una sucesión y es igual a la de cada uno de los demás).

Este derecho hereditario que Justiniano estableció en beneficio único de la mujer sin dote que sobrevivía a su marido, se ha extendido en la moderna legislación en provecho del cónyuge sobreviviente, hombre o mujer, que carece de lo necesario para su congrua subsistencia.

EL DIVORCIO.—El matrimonio podía disolverse por muerte de uno de los esposos, por la esclavitud de uno de ellos y por el divorcio.

La religión antigua autorizaba al marido para romper el matrimonio, repudiando a su mujer en casos muy raros que no menciona la historia. Parece que la ley de las XII Tablas confería al *paterfamilias* el derecho de disolver el matrimonio, según los poderes arbitrarios que la primitiva legislación concedía al jefe de familia, pero en la práctica el divorcio no ocurría casi nunca. La severidad de las costumbres y la rígida organización de la familia no se compadecían con la ruptura del vínculo matrimonial ni siquiera con la infidelidad conyugal. Una tradición hace remontar a la mitad del siglo V la práctica de la repudiación y el divorcio, pero algunos historiadores señalan como primero el caso de *Spurius*

Carvilius Ruga, quien repudió, por el año 523, a su mujer por causa de esterilidad, y se refiere que a pesar de que los Censores autorizaron el divorcio, la opinión pública no ratificó esta injuria que se hacía a las costumbres romanas. Dos siglos más tarde, al comienzo del Imperio, la antigua moral había cambiado, y el divorcio por simple capricho de uno de los esposos queda implantado en las costumbres. Bastaba enviar un *libellus repudii*, que a veces era una simple orden de dejar la casa: "*Tuas res habeto; haec ito foras*" (Toma tus cosas, sál de aquí). Según Séneca, las mujeres de alto rango cuentan sus años por los nombres de sus maridos. Las gentes se divorciaban sin motivo ni resentimiento y después del divorcio se cambiaban regalos. La Ley Julia, que fue una reacción conservadora contra la disolución de las costumbres, se limitó a exigir la presencia de siete testigos en la remisión del libelo de repudio. De modo que, sintetizando, el divorcio podía hacerse por mutuo consentimiento o por la repudiación debidamente notificada.

Bajo la influencia del cristianismo, Justiniano suprime transitoriamente el divorcio por consentimiento mutuo, a menos que los esposos se comprometan a guardar una continencia absoluta, pero esta disposición no subsistió largo tiempo. En caso de repudiación se dispuso que debía estar fundada en causas legítimas.

PARENTESCO.—Antes de terminar estos datos acerca de la familia en Roma, conviene precisar la noción del parentesco en la familia romana, lo cual haremos siguiendo las claras explicaciones de Serafini.

El fundamento natural de la familia es el parentesco de sangre, o sea la **cognación**, que se define: la relación existente entre dos o más personas por descender una de otra, o ambas de un tronco común. En el primer caso, las personas están unidas en línea recta o directa, y en el segundo caso, en línea colateral. La línea recta se subdivide en descendente o ascendente.

Los parientes son más o menos próximos, según los grados de parentesco, que se cuentan por el número de las generaciones. Cada generación constituye un grado, de modo que tantos son los grados cuantas son las generaciones, y tantas son las generaciones, cuantas son las personas, exceptuando siempre el tronco. Los hijos, por ejemplo, se hallan respecto de sus padres en el primer grado de parentesco, porque entre hijo y padre no hay más que una ge-

neración: los hijos de los hijos están en segundo grado con el abuelo, porque entre abuelo y nieto hay dos generaciones. Estos ejemplos se refieren a la línea descendente. En la línea recta ascendente el padre constituye el primer grado, el abuelo el segundo, etc.

En la línea colateral se supone que dos individuos existen en dos diversas líneas rectas, teniendo su origen en una misma persona. Entre estos individuos el grado de parentesco se cuenta por el número de generaciones que se encuentran subiendo desde uno de ellos hasta el tronco común y bajando luego desde dicho tronco común hasta el otro individuo. Por ejemplo, entre dos hermanos hay que subir primero desde uno de ellos hasta el padre y tenemos una generación, o sea un grado, y bajar luego desde el padre hasta el otro hermano, y hallamos otro grado, u otra generación, de donde se deduce que los hermanos están entre sí en segundo grado, que en línea colateral es el más próximo. Si se trata de dos primos, siguiendo el mismo procedimiento, se cuentan dos generaciones para subir al abuelo que es el tronco común, y otras dos para bajar del abuelo al otro primo, de lo cual resulta que los dos primos están en cuarto grado entre sí. En el caso del tío y sobrino, tenemos un parentesco en tercer grado, porque de un lado hay dos generaciones, y del otro no hay sino una respecto al tronco común.

La cognación puede ser simple o doble. El caso más interesante es el que ocurre cuando dos personas unidas en vínculo de cognación procrean un hijo: así, el hijo, se halla en doble cognación con sus progenitores.

Los hermanos que descienden de los mismos padres se denominan germanos; los que solamente tienen común el padre, se llaman consanguíneos, y los que sólo son hermanos por madre se llaman uterinos.

Además del parentesco natural de la sangre (cognación), que suponía ante todo la consanguinidad femenina, existe un parentesco civil, que se llama agnación. Consiste éste en un vínculo familiar puramente jurídico, que a veces puede coincidir con el vínculo de sangre, y que depende de la rigurosa dominación del jefe de familia y del carácter particular de la patria potestad de los romanos. Este parentesco nace de las justas nupcias respecto de los hijos, y también de la legitimación, de la adopción y de la adrogación respecto de los que se colocan bajo la patria potestad del nuevo jefe

de familia. El ciudadano romano tenía bajo su potestad no sólo a sus hijos nacidos de su legítimo matrimonio, sino también a la mujer in manu a sus nietos y bisnietos, a los hijos legítimos, a los adoptivos y a los adrogados. Todas estas personas estaban unidas por el vínculo de agnación, el cual subsistía aún en caso de muerte del paterfamilias.

Se puede decir, en resumen, que la agnación comprende a todas las personas que están bajo la potestad de un jefe de familia, o que por lo menos estarían sujetas a ella si el común padre de familia no hubiese muerto.

Esta agnación era la fuente de todos los derechos de familia, tutela y sucesión. Como al casarse, las mujeres salían de la potestad de su padre para ir a tomar los vínculos de agnación de la familia de su marido, se ve claro que los descendientes y parientes por línea femenina quedaban excluidos de la comunidad agnática. Así se comprende cuán justa fue la decisión de Justiniano que en el año 543 suprimió la agnación e hizo de la cognación o parentesco natural (la única fuente de todos los derechos de familia, devolviendo así a la naturaleza sus derechos y a la familia su único y verdadero fundamento racional, la comunión de origen, es decir, el parentesco de cognación o de sangre, que hoy día es la base, en el derecho moderno, de la sucesión intestada y de la tutela legítima.

La GENTILIDAD.—En íntima relación con la familia existía en el derecho antiguo, lo mismo en Grecia que en Roma, un nexo que se llamaba gentilidad. Puede considerarse como un parentesco civil, que implica la comunidad de origen. La gens, como vimos arriba, es una asociación de familias, unidas por la sangre, es decir que se creían provenientes de un antepasado común. Por eso el nombre del antepasado era llevado por todos los gentiles y servía para designar el grupo a que pertenecían: gens Julia, gens Claudia. Al principio, la gens difería poco de la familia patriarcal, pero al dividirse por grandes grupos, formaban varias ramas, que añadían al nombre gentilicio (nomen) un sobrenombre (cognomen). A estos nombres se añadía el propio de la persona (prenomen). Así, Marco Tulio Cicerón tenía su prenombre Marcus; el nombre gentilicio, Tullius, de la gens Tullia, y Cicero, el nombre de familia.

Para formar parte de la gens era preciso pertenecer a la descendencia por línea masculina del antepasado común. Consecuen-

cias prácticas del parentesco de gentilidad eran, por ejemplo, que a falta de agnados la herencia se defería a los gentiles, según dispuso la ley de las XII Tablas, de lo cual resultaba que los descendientes del de cuius, por línea femenina, eran suplantados por los parientes gentiles de la línea masculina. Este sistema propio de la sucesión ab intestato, subsistió hasta el tiempo de Teodosio, en que se dispuso que si el abuelo deja nietos, nacidos de una hija suya, muerta anteriormente, dichos nietos pueden representar a su madre en la herencia.

Los Derechos de familia en el Bajo Imperio

A principios del siglo IV Constantino trasladó la sede imperial a Bizancio (después Constantinopla), pero sin quitarle la primacía a Roma. Poco antes de su muerte (año 395) Teodosio dividió los imperios de Oriente y Occidente entre sus dos hijos Arcadio y Honorio. El de Oriente, con capital en Constantinopla, comprendía la Tracia, el Asia Menor, la Siria, el Egipto, la Dacia, la Macedonia y la mitad de Iliria. El imperio de Occidente lo formaban Italia, Africa, Galia, España, Bretaña, la Nórico, la Panonia, la Dalmacia y la mitad de Iliria. La decadencia de Roma había llegado a su término y las incursiones de los bárbaros por todas las provincias auguraban la ruina del viejo imperio romano. En el año 410 Alarico ocupó a Roma y la entregó al saqueo de sus godos durante seis días. Perdonada por Atila en 452 a cambio de grandes riquezas, fue saqueada de nuevo por Genserico, con los vándalos y los alanos, en 455. En el año 476 el último Emperador de Occidente, Rómulo Augústulo, fue destituido por el bárbaro Odoacro, hijo de Edecón, de la raza de los hunos. Era el año 1229 de la fundación de Roma. Gobernaba en Constantinopla el Emperador Zenón, quien dejó el imperio de Occidente bajo la tutela de Odoacro victorioso, a petición del mismo senado romano.

Empieza, pues, el Bajo Imperio con Arcadio en el año 395. La autonomía de la vieja familia romana había dejado de existir. El absolutismo de su jefe había ido desapareciendo por las formas legales, que inspiradas en la libertad y en la justicia, fueron despojando al paterfamilias de la omnipotencia de que antes gozaba. Ya éste no presidía el culto doméstico, olvidado o convertido en cul-

to público. La patria potestad había sido limitada, lo mismo que la potestad dominical, y la *manus* no era ya sino un recuerdo.

El matrimonio se formaba únicamente por el consentimiento de los esposos. La autorización de los padres, que era antes condición esencial, no representaba ya sino un motivo de protección para los hijos. Los derechos y deberes de los esposos tendieron hacia la igualdad. La idea de la potestad del marido sobre la mujer, al influjo del cristianismo, fue sustituida por la de protección. El deber de fidelidad tendía a hacerse recíproco, como regla moral. Ciertas disposiciones, inspiradas por la Iglesia, iniciaban la indisolubilidad del matrimonio; por ejemplo, la cautividad no lo disolvía sino después de cinco años; la pérdida de la ciudadanía lo dejaba intacto si el otro cónyuge consentía en su mantenimiento; la repudiación no se permitía sino por causas determinadas en la ley; al marido, divorciado por su culpa, se le prohibió el nuevo matrimonio.

La tutela perpetua a que estuvo sometida la mujer romana, había sido abolida definitivamente por Constantino en el año 321 y Justiniano llegó a conceder a la madre o a la abuela, a falta de tutor testamentario, la tutela de sus hijos.

En este período, después del Código Teodosiano (año 438), que fue una simple compilación de las leyes posteriores a Constantino (las anteriores estaban ya compiladas en los códigos Hermogeniano y Gregoriano), es indispensable mencionar la obra legislativa de Justiniano, o *Corpus Juris Civilis*, que comprende el Código (año 529), las *Pandectas* o *Digesto* (año 533) que comprendía toda la jurisprudencia romana y su clasificación, las *Institutas* y las *Novelas*. El Código, *Codex vetus*, fue redactado por diez comisionados especiales, que presidió Juan, prefecto del pretorio, y entre los cuales se encontraban Triboniano y Teófilo. Contenia las principales constituciones dictadas desde Adriano hasta algunas del mismo Justiniano.

Las *Pandectas* fueron redactadas por una comisión que presidió Triboniano, y forman el Código más completo del derecho romano, después de las *Doce Tablas*.

Las *Institutas* contienen, en cuatro libros, los elementos de la ciencia del derecho, que se sacaron principalmente de la *Instituta* de Gayo y se destinaban a los estudiantes de las tres escuelas de Roma, Constantinopla y Berito.

Las *Novelas* contienen las leyes dictadas por el mismo Justiniano en los 27 años últimos de su reinado.

A este cuerpo de derecho civil se debe la vida eterna de Roma en el gobierno del mundo, pues sus normas jurídicas fueron adoptadas por las nuevas naciones e informan todavía la organización del derecho contemporáneo.

La principal reforma de Justiniano, como ya lo vimos atrás, fue la supresión del parentesco agnaticio en provecho del parentesco de cognación, según las novelas números 118 y 127 que establecieron el régimen sucesorio sobre el vínculo de sangre y el grado de afección que ésta supone (año 543 D. de J.). Señalaremos a continuación algunas otras de las innovaciones de Justiniano en relación con la familia: se prohibió el matrimonio entre tío y sobrina bajo pena de muerte y se agravaron las sanciones concernientes a los otros impedimentos por causa de parentesco; el adulterio de la mujer se castigó con la fustigación y la clausura perpetua, a menos que el marido perdonara después del plazo de dos años; supresión del divorcio, que el sucesor de Justiniano hubo de restablecer obligado por la opinión pública; garantizó la restitución de la dote en favor de la mujer o de sus herederos, bajo la influencia del derecho griego que había dejado siempre a la mujer la propiedad de la dote, al contrario de lo que disponía antes el derecho romano; estableció la obligación de la *donatio propter nuptias*, que debía hacer el marido a la mujer y en proporción igual a la dote que ésta aportaba; esta donación quedaba sujeta a las mismas reglas de la dote; así, el padre estaba obligado a procurarla a su hijo y si consistía en un inmueble, no podía enajenarse, salvo consentimiento de la mujer, renovado al cabo de dos años. Constantino había privado a los hijos naturales del derecho de heredar a su padre, Justiniano les concedió este derecho en ausencia de mujer e hijos legítimos y les reconoció siempre el derecho de alimentos, de que antes no gozaban. (En el Bajo Imperio no fue prohibido el concubinato, siempre que la concubina fuese una sola, mujer libre y viviera conyugalmente en la casa).

En esta época se reconoció ampliamente la personalidad de los hijos de familia, especialmente en lo relativo al patrimonio individual de éstos. Ya desde el tiempo de Augusto se había establecido el *peculio castrense*, que comprendía todos los bienes adquiridos por el hijo de familia con ocasión del servicio militar, y

en tiempo de Constantino se había creado el peculio quasi castrense, de lo que el hijo de familia adquiría en los empleos palatinos y que se extendió después a las cosas adquiridas por los abogados, los clérigos y todos los funcionarios en general, así como a las donaciones hechas por los emperadores. Sobre estos peculios tenía el hijo la libre disposición y en tiempo de Adriano se le permitió transmitirlos por testamento, pero si moría intestado la herencia la recogía el pater familias. Justiniano modificó este derecho, disponiendo que si el hijo moría sin testamento, el padre no heredaba los peculios sino faltando los descendientes y los hermanos y hermanas del hijo fallecido.

En la época de Constantino se estableció el peculio adventicio, que al principio consistía en los bienes provenientes de la herencia materna, más tarde en las donaciones de cualquier naturaleza y, bajo Justiniano en toda clase de bienes que no se derivaran de liberalidades del padre o que no estuvieran comprendidos en las dos clases de peculios de que antes hablamos. La administración y goce de este peculio correspondía al padre, pero no podía enajenar ni hipotecar dichos bienes. El hijo tenía la nuda propiedad, pero tenía también el usufructo cuando era emancipado, dejando al padre la mitad de los frutos, según disposición de Justiniano. Este peculio no podía transmitirlo el hijo por testamento, pero en caso de sucesión intestada se acomodó a las reglas generales dictadas por Justiniano. Al principio había existido también un peculio llamado profecticio, que se componía de los bienes que el padre concedía al hijo para usufructuarlos, conservando aquél la propiedad mientras el hijo no fuera emancipado.

La familia entre los Germanos

En el primer período de barbarie, los germanos tienen costumbres sanas y sencillas. Los matrimonios son estables y fecundos, los divorcios muy poco frecuentes y el adulterio se castiga severamente. Aunque estrechamente sometida a su marido, la mujer se asocia a los trabajos y riesgos de aquél. La familia es fuerte y forma la base de la vida social. Esta misma unión familiar hace que el delito cometido por uno de sus miembros haga responsable a la familia entera, la cual, a su vez tiene un deber de vengar las ofen-

sas inferidas a uno de ellos. Las tribus vienen a formarse de la unión de varias familias y a la propiedad colectiva de éstas pertenecen las tierras arables. La exclusión de la familia se considera como la mayor pena que pueda imponerse a un individuo. El parentesco reposa en la descendencia masculina, aun cuando ciertas costumbres hacen muy verosímil la existencia de una antigua familia matriarcal; por ejemplo, la madre podía ser tutora de sus hijos y era preferida a los hermanos y hermanas del difunto en la sucesión de los bienes muebles; los sobrinos hijos de hermana son tan estimados como los propios hijos. Estos dos hechos y en general el gran respeto que los germanos tenían por las mujeres sugieren la idea de que el parentesco femenino pudo existir antes de que se estableciera por línea de varones.

Entre los germanos no era la mujer la que aportaba la dote al marido; la costumbre era que el contrayente hiciera a su futuro suegro ciertos donativos, que eran a menudo un par de bueyes, un caballo enjaezado, escudo, pica y espada, según refiere Tácito, lo cual induce a creer que en algún tiempo anterior el matrimonio se hacía efectivamente por compra de la mujer. Una vez casada ésta, todo cuanto poseía de muebles e inmuebles pasaba a poder del marido.

El repudio se permitía a los hombres, pero la mujer debía contentarse con un solo marido, porque se consideraba indecoroso que una mujer que no era virgen volviese a casarse.

El concubinato se practicaba entre los germanos, pero no producía los efectos que el matrimonio legítimo.

El culto de los antepasados domésticos era sagrado y para asegurarse la descendencia el marido que no había tenido hijos de su mujer podía cedérsela a otro para procrear un hijo.

El matrimonio entre hombres libres y siervas estaba severamente prohibido y tampoco podían casarse los nobles sino con mujeres de su condición.

Los germanos, como todos los pueblos primitivos, no tenían leyes escritas, sino que se gobernaban por las costumbres, que apenas empezaron a codificarse cuando las invasiones pusieron en contacto a los germanos con otros pueblos de civilización diferente. Estas costumbres redactadas llevan el nombre de Leyes bárbaras

(leges barbarorum). Las principales son: la ley Sállica y la ley Ripuaria, que se aplicaban respectivamente entre los franco-sálicos y los franco-ripuarios, la ley de los burgondos y la ley de los visigodos. De la ley sállica merece citarse especialmente el célebre Título de alodis que excluye a las mujeres de la sucesión sobre las tierras de los antepasados (terra sállica), porque, al casarse, la hija deja la familia paternal para entrar en la familia del marido. Cuando el difunto no deja hijos, la ley Sállica llama a la sucesión alodial al padre y a la madre, a los hermanos y hermanas; luego a la hermana de la madre, con preferencia a la hermana del padre; de los hermanos del padre o de la madre no hace mención alguna.

A la segunda mitad del siglo V los francos invaden la región del Sena y después de la victoria de Soissons desaparece en la Galia el último resto de la dominación romana en aquellas regiones y empieza a mezclarse la vieja cultura galo-romana con las primitivas costumbres de esta rama germánica que, bajo el mando de Clovis, no muestra deseo de destruir la civilización antigua sino más bien aprovecharse de ella. El fin del siglo V marca una verdadera época en la historia de las instituciones jurídicas, elemento capital de toda civilización. La mezcla de las tradiciones romanas y germánicas dura cuatro siglos y toma en ella parte importante el cristianismo desde la misma época de Clovis (año 496), quien, convertido al catolicismo con tres mil de sus guerreros, acepta la civilización cristiana, poseedora ya de lo esencial de la cultura antigua, con las modificaciones que la nueva doctrina había ido imponiendo en las costumbres.

Entendiendo por cultura simplemente una forma de vida, podemos decir que aquellas dos culturas produjeron un choque precisamente en torno a los derechos de familia. Ya hemos dicho que el derecho romano en su última época se caracterizaba por un individualismo disolvente y que la familia del Bajo Imperio no conservaba ni siquiera el reflejo de lo que fue aquella organización familiar de la Roma primitiva, rígida, autoritaria y, en cierta forma, colectiva. Entre los germanos, como entre casi todos los pueblos nuevos, la familia es todopoderosa y se puede decir que se basta a sí misma. Frente a las costumbres individualistas de los galo-romanos, la autoridad predominante de la familia germana luchó por conservarse. Como consecuencia de esto, la propiedad conjunta de la familia se opuso a la propiedad individual que reconocía el dere-

cho romano. El jefe de familia sigue siendo el administrador de los bienes familiares y es él quien debe transmitirlos a la generación que le sigue. Esta idea tradicional, fortificada por la vida rural de las comunidades familiares, impidió que los francos aceptaran la práctica del testamento, desconocida para ellos. Intervino la Iglesia para buscar el reemplazo de la sucesión testada por medio de las donaciones entre vivos, pero las gentes no aceptan de buen grado este sistema que tiende a sacar de la familia lo que siempre le ha pertenecido, por más que la Iglesia replique que cada uno puede hacer de su propiedad lo que a bien tenga. La Iglesia intenta reconciliar la tradición germánica con la romana haciendo intervenir en las donaciones el consentimiento de los miembros más influyentes de la familia, pero el conflicto se perpetúa hasta el siglo XIII en que surge una especie de transacción que permite al de cujus disponer de parte de sus bienes libremente pero le obliga a dejar la mayor parte a su linaje, es decir a sus hijos, continuadores de la familia y a la mujer viuda (viudedad).

En este conflicto de costumbres subsiste entre los germanos la de que sea el marido quien paga la dote matrimonial, y no la mujer, como en Roma, pero se adopta el sistema de la donación propter nuptias del derecho romano. Por otra parte, la Iglesia trata de suavizar la rígida autoridad marital (mundium) de que el marido germano gozaba sobre su mujer y favorece entre los esposos ciertas prácticas de colaboración que conducirán lentamente a la comunidad conyugal.

En este periodo bárbarico debemos citar especialmente el código de la monarquía goda, uno de los más célebres e importantes documentos de la época que sucedió a la caída del poder romano. Este código, llamado más generalmente Fuero Juzgo, fue compilado a principios del siglo VIII por los reyes visigodos, pocos años antes de que España cayera bajo la dominación musulmana. Los visigodos o godos de occidente eran una rama de los pueblos germanos, que modificaron rápidamente sus costumbres al influjo del cristianismo y de la cultura ibero-romana y abandonaron el idioma teutónico para adoptar el latín. El Fuero Juzgo contiene gran parte de las leyes romanas, ya acogidas antes en el Breviario de Alarico (año 506), pero tienen también algunas leyes bárbaras, especialmente las relativas a la familia, como se advierte por el sistema dotal, que dispone, al contrario de la costumbre romana, que sea el

marido quien dote a la mujer, a la usanza germana; permite el matrimonio entre godos y españoles; exige el consentimiento del padre, o de la madre a falta de aquél, para las uniones conyugales; reconoce la herencia legitimaria para los descendientes; establece la institución de los gananciales en el régimen matrimonial, desconocida de los romanos; prohíbe a la mujer las segundas nupcias hasta pasado un año de la muerte de su marido, y castiga con la desheredación a las doncellas que se casan sin consentimiento de sus padres.

Antes de terminar este aparte conviene anotar algunos datos históricos en relación con los germanos: Procedían éstos del Asia Central, de la meseta de Pamir, de donde salieron las grandes emigraciones de raza aria que poblaron a Europa, después de haberse difundido por toda el Asia. Anteriormente los celtas, de la misma procedencia, habían ocupado parte de los territorios que forman hoy a Francia, Inglaterra, España e Irlanda, pero se hallaban bajo la dominación romana cuando empezaron las primeras incursiones germanas en Europa, aproximadamente en el siglo VI antes de J. C. Los germanos entraron por la cuenca del Danubio, divididos en tres bandas. En el siglo III de nuestra era formaban cuatro confederaciones, establecidas en la Europa central, aunque no habían salido completamente del período nómada: eran la de los sajones, la de los francos, la de los alamanes o alemanes y la de los godos. Había, además, otros pueblos aislados de origen germano, como los suevos, los marcomanos, los burgundios, los longobardos etc.

Su carácter nos lo describe Carle como esencialmente guerrero y militar, religioso, de una personalidad individual muy vigorosa, comprendiendo el derecho como una fuerza y potestad del individuo, pues se consideraba que sólo la persona apta para llevar armas era capaz de hacer valer y defender con la fuerza su derecho, concepto que les hacía tener en grande estimación la propia independencia personal y la libertad individual. Estaban organizados en grupos de familias, más o menos numerosas, que se reputaban descendientes de un mismo tronco y constituían una especie de comunidades de pueblos, que sólo cuando trataban de emprender alguna emigración o alguna aventura bélica reconocían el mando de un jefe militar, al que después se llamó rey, duque, o conde.

Armonizando esta apreciación de Carle con la que anotamos

arriba respecto de la organización colectiva o familiar de la propiedad, podemos decir que el criterio individualista primaba entre los germanos en lo relativo a la organización política, pero que en el terreno económico prevalecía un criterio colectivista, como lo demuestra su repugnancia a aceptar las prácticas jurídicas de los romanos sobre la propiedad individual.

La familia y el Cristianismo

En el año 313 el emperador Constantino proclamó la tolerancia religiosa, por medio del Edicto de Milán, y los cristianos pudieron profesarse libremente sus prácticas y opiniones. El paganismo había perdido ya su mérito religioso y estaba reducido a un informe conjunto de supersticiones. Después de la reacción pasajera de Juliano el Apóstata, el paganismo dejó de ser religión oficial y el cristianismo principió a predicar la nueva idea de separar la religión y el Estado, que antes se confundían hasta el punto de que los emperadores eran divinizados al morir y su culto era obligatorio. Al principiar las invasiones, la Iglesia católica, ya fortalecida, busca la amistad de los bárbaros en lugar de comprometer su suerte a la del imperio decadente y ya herido de muerte. Entonces representa la Iglesia el papel de mediadora entre el antiguo mundo y el que empieza, aportando a esta transformación lo que ella misma había adquirido de la cultura romana: el orden, la jerarquía, la disciplina y el propio derecho romano.

Con la facultad de interpretar los libros santos y especialmente el Nuevo Testamento, los padres de la Iglesia le aseguran un fondo inmutable al derecho canónico. Además, las autoridades eclesiásticas pueden legislar, principalmente el Papa y los Concilios. Las disposiciones del Papa se llaman decretales, y cánones (reglas, en griego) las que emanan de los concilios.

Después del Edicto de Milán, la Iglesia fue reconocida como persona moral y consiguió la capacidad de adquirir por medio de donaciones entre vivos y por causa de muerte, las que engrosaron su patrimonio rápidamente, gracias a la generosidad de los fieles.

La importancia política de la Iglesia va tomando incremento hasta el punto de que en el siglo IV el Papa ejerce no sólo la primacía doctrinal sino la supremacía de jurisdicción o de dirección

sobre los clérigos y poco después sobre los fieles. Los Emperadores reconocen a los Obispos una jurisdicción arbitral para zanjar diferencias de orden temporal entre los cristianos. A partir de Carlomagno, los reyes se declaran reyes por la gracia de Dios y se hacen coronar o consagrar por los Papas, aceptando la idea de que los reyes ejercen con el apoyo divino y en interés del pueblo cristiano.

El derecho canónico se va codificando por medio de colecciones particulares de los textos canónicos expedidos por los Papas y los Concilios. En el año 1150 el monje Graciano, profesor de Bolonia, compone un libro en que trata de resolver las contradicciones existentes entre los diversos textos conocidos hasta la fecha. Se le llamó el Decreto de Graciano y vino a sustituir todas las colecciones anteriores, aunque no se le consideró de carácter oficial. En el año 1234 el Papa Gregorio IX expidió sus Decretales, promulgadas oficialmente y que abrogaron las colecciones precedentes.

En la Edad Media el derecho canónico tiene privilegio para reglamentar el procedimiento de los tribunales eclesiásticos y su competencia, la cual, además de las cuestiones religiosas, se extiende al matrimonio, al testamento y a los contratos. En esta época los mismos tribunales laicos, al resolver sobre estas materias, aplican, en principio, el derecho canónico.

La jurisdicción eclesiástica sobre las personas de los clérigos excluye toda intervención laica, salvo para aplicar la pena de muerte. Un clérigo, salvo el caso de flagrante delito, no puede ser detenido sino por la autoridad eclesiástica y juzgado por ella. En caso de crimen atroz, el clérigo es degradado y entregado al brazo secular para aplicarle la pena de muerte.

Las cuestiones que se refieren exclusivamente a la fe y disciplina de la Iglesia, son también de su privativa jurisdicción, como los crímenes contra la fe, la brujería y la herejía. En el siglo XIII el Papado instituyó el tribunal de la Inquisición, que empleó medios terriblemente rigurosos para extirpar la herejía.

Toda la época de la Edad Media se distingue por la gran influencia del poder eclesiástico en la vida social y jurídica, de modo que todo asunto que se relacionara con la moral cristiana entraba bajo la jurisdicción de la Iglesia, especialmente cuanto se refería a

los sacramentos, de los cuales el principal, por sus efectos sociales, era el matrimonio. Además, el poder civil había dejado a la Iglesia el cuidado exclusivo de la instrucción pública y el de la asistencia, o servicios de caridad, que comprendía hospitales, leprosarios y el cuidado de los pobres. Desde el siglo X el poder civil abandona a la legislación canónica y a la jurisdicción eclesiástica todo lo relativo al matrimonio. La Iglesia sienta el principio de que el matrimonio es institución divina y que también su vínculo indisoluble, su unidad y su estabilidad tienen por autor a Dios, reconociendo sin embargo que aquél no se realiza sin el libre consentimiento de ambos esposos. Considera que la razón principal de las nupcias fue establecida por Dios desde el principio, cuando dijo a la pareja del paraíso: "creced y multiplicaos". La característica especial del matrimonio cristiano es su condición de verdadero y magno sacramento que le dio Cristo, condición que entraña la indisolubilidad del pacto nupcial, según estas palabras del mismo fundador del cristianismo: "No separe el hombre lo que ha unido Dios". "Cualquiera que repudie a su mujer y se casa con otra, adultera; y el que se casa con la repudiada del marido, adultera". Esta doctrina la resume así San Agustín: "Por sacramento se entiende que el matrimonio sea indisoluble, y que el repudiado o repudiada no se una con otro, ni aun por razón de la prole". Dicen los comentaristas que si en la antigua ley permitió Moisés al pueblo escogido dar a las mujeres libelo de repudio, es decir, romper la unión matrimonial, Cristo revocó aquel permiso y restableció la ley primera de la indisolubilidad con las citadas palabras: "No separe el hombre, lo que ha unido Dios". Grandes esfuerzos costó a la Iglesia prohibir el divorcio, practicado en la antigüedad, como hemos visto, lo mismo que en Roma y entre los germanos, pero, sin embargo, impuso esta prescripción a los mismos reyes, como a Roberto el Piadoso, a Felipe I, a Felipe Augusto, de modo que en el siglo XIII ya no se discute entre los católicos la perpetuidad del vínculo nupcial. Si la vida común entre los esposos llega a ser intolerable, los tribunales eclesiásticos permiten un divorcio incompleto, la separación de cuerpos, *quoad torum et cohabitationem*, permaneciendo, sin embargo, el vínculo conyugal. Esta separación puede tener lugar, además, en los siguientes casos: por mutuo consentimiento de los esposos, por grave peligro del alma, por grave peligro del cuerpo y por adulterio de una de las partes. Solo en tres casos permite la Iglesia el divorcio completo: 1o. por dispensa del Papa en

caso de matrimonio rato y no consumado y por grave causa; 2o. por profesión religiosa de uno de los cónyuges, no habiéndose consumado el matrimonio, es decir no habiéndose verificado la cópula sexual, y 3o. cuando uno de los cónyuges por el bautismo se convierte a la fe cristiana, permaneciendo infiel el otro y rehusando convivir pacíficamente, o haciéndolo con injuria del Creador y menosprecio de la religión cristiana (Privilegio Paulino). La prohibición estricta del divorcio dio grande importancia a la cuestión de las nulidades del matrimonio; los esposos mal avenidos no tenían otro recurso que el de probar que su matrimonio no había sido válidamente contraído.

Los impedimentos que afectan la validez del matrimonio y lo anulan si ha sido contraído, se llaman dirimentes. Los principales de estos impedimentos son: 1o. Matrimonio anterior, no disuelto; 2o. Voto solemne de castidad, por profesión religiosa; 3o. Orden sagrado, que comprende el presbiterado, el diaconado y el subdiaconado; 4o. Parentesco, en línea recta indefinidamente y en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive, salvo dispensa especial; 5o. Crimen, que comprende el adulterio de los contrayentes y el homicidio por conspiración común y con intención de contraer matrimonio; 6o. Disparidad de cultos, que se refiere a bautizados y no bautizados; si la disparidad es simplemente de religiones, siendo ambos bautizados, el impedimento no es más que impediante; 7o. Falta de consentimiento, por fuerza o miedo; 8o. Clandestinidad, si el matrimonio se contrae sin las solemnidades prescritas por la Iglesia, es decir sin la asistencia del cura párroco, o del Ordinario, o de un Sacerdote delegado por alguno de ellos y sin la presencia de dos testigos por lo menos (el Párroco competente es el de la esposa); 9o. Impotencia, o incapacidad para ejercer la cópula carnal. El número de los impedimentos alcanza a quince, pero los otros son menos importantes.

Hay otra clase de impedimentos que se llaman impredientes, que no anulan el matrimonio, pero que implican para los esposos desobedientes ciertas penas canónicas, oraciones, limosnas etc. Al contrario del impedimento dirimente que estorba que se contraiga el matrimonio entre ciertas personas y lo anula si se contrae, el impedimento impediante lo estorba, pero no lo anula si se ha contraído. Los impedimentos impredientes son: prohibición de la Iglesia, que puede ser general o particular; general, en tres casos: por fal-

ta del consentimiento de los padres; por falta de las proclamas, y por temor de matrimonio entre hereje y católico. El segundo impedimento impediante es el que se refiere al tiempo durante el cual se prohíben las ceremonias religiosas de las nupcias. El tercero, por esponsales hechos antes con otra persona. Y el cuarto, es el del voto, que comprende: voto de castidad, voto de no casarse, voto de entrar en religión y voto de recibir órdenes sagradas.

El derecho canónico suprime los impedimentos que se fundaban en la diversidad de condiciones sociales de los contrayentes. La tendencia eclesiástica es la de facilitar la práctica matrimonial, por eso aunque aconseja obtener el consentimiento de los padres, no lo exige para la validez del matrimonio, el cual sigue siendo, ante el derecho canónico, un acto puramente consensual, con el mínimo de formalidades. Estas son: las amonestaciones, que equivalen a la publicidad para investigar los posibles impedimentos; cambio verbal de consentimiento (*verba de praesenti*) y bendición nupcial en la Iglesia por el párroco o su delegado.

Las leyes eclesiásticas imponen a los esposos la vida en común y una estricta fidelidad, de lo cual se desprende la comunidad de domicilio, de condición social y de nacionalidad. Los esposos deben ayudarse mutuamente en su tarea esencial, la educación de la prole. En esta tarea la mujer tiene iguales derechos que el hombre, pero debe aceptar la dirección afectuosa del marido, quien no será ya el amo sino el compañero, pero de hecho sigue siendo el que manda, a veces con rudeza, porque un largo dominio tradicional no se acaba por simples recomendaciones de carácter moral.

La cristiana legislación no excluía las admoniciones ascéticas de violenta reacción contra el sensualismo de la moral pagana, reacción que se manifestaba en la predicación de la continencia y el desprecio de las riquezas y la carne. Los apóstoles y los padres de la Iglesia descargaban anatemas contra la mujer, que era el camino del mal, el motivo de todas las desgracias humanas, la ruina del hombre, "la puerta del infierno", como decía Tertuliano. Algunos llegaron a aconsejar el celibato. Orígenes decía: "El matrimonio es cosa impia e impura, es el instrumento de la sensualidad". Y para no caer en la tentación, se mutiló.

Algunos historiadores refieren, sin que se haya podido comprobar el hecho, que en el Concilio de Macón se discutió si la mujer pertenecía a la especie humana.

Conviene anotar además que el derecho canónico excluyó del culto a las mujeres y les prohibió alegar personalmente en los tribunales eclesiásticos.

La doctrina católica sobre matrimonio está contenida y resumida en la Encíclica "Casti Connubii" del Papa Pío XI (año 1930), en la cual se insiste sobre la institución divina del matrimonio, y la fidelidad conyugal, la cual supone la unión monogámica, la castidad conyugal, el amor conyugal y la jerarquía del amor. La unión monogámica, o absoluta unidad del matrimonio, se funda en las palabras de Cristo: "Por tanto, ya no son dos, sino una carne". La castidad conyugal excluye no solo la poligamia y la poliandria sino hasta los mismos pensamientos de infidelidad, que Cristo condenó así: "Pero yo os digo, que todo el que mira a una mujer para codiciarla, ya adulteró en su corazón". El amor conyugal, que llama San Agustín fidelidad en la castidad, no se funda sólo en el apetito carnal sino en el afecto íntimo del alma, en la ayuda recíproca de los cónyuges y en la mutua perfección.

La jerarquía del amor abraza tanto la primacía del varón sobre la mujer y los hijos, como la diligente sumisión de la mujer y su rendida obediencia, recomendados por San Pablo: "Las casadas estén sujetas a su marido, como al Señor; por cuanto el hombre es cabeza de la mujer, así como Cristo es cabeza de la Iglesia". No se opone esta jerarquía a que se le reconozca a la mujer el ejercicio de sus derechos civiles. La encíclica condena rotundamente el divorcio y proclama la perpetuidad del vínculo para todo matrimonio cristiano, rato y consumado.

Entre los errores y vicios que condena la Iglesia cita la Encíclica los que niegan la institución divina del matrimonio, los que predicán por cierto tiempo la unión conyugal, el matrimonio de prueba y el matrimonio amistoso; los que se refieren a la limitación de la prole, a voto, esterilización, etc. Explícitamente dice: que cualquier uso del matrimonio en cuyo ejercicio el acto, por industria humana, quede destituido de su natural fuerza procreativa, va contra la ley de Dios y contra la ley natural, y los que tal cometen se hacen culpables de un grave delito. En relación con esto mismo niega al Estado la facultad de prohibir los matrimonios a los que, según las normas y conjeturas de la ciencia, podrían engendrar hijos defectuosos.

Condena también como errores las ideas de emancipación social y económica de la mujer, en cuanto apartan a ésta de los cuidados que en el hogar requieren su marido y sus hijos.

Insistiendo en el carácter esencialmente religioso del matrimonio reprueba una vez más las relaciones ilícitas, el matrimonio civil y el matrimonio mixto. Acerca de este último reproduce el siguiente canon del Código: "La Iglesia prohíbe severísimamente en todas partes que se celebre matrimonio entre dos personas bautizadas, de las cuales una sea católica y la otra adscrita a una secta herética o cismática; y si hay peligro de perversión del cónyuge católico y de la prole, el matrimonio está además vedado por la misma ley divina". No obstante, establece que la Iglesia, a veces, según las diversas condiciones de los tiempos y personas, puede otorgar dispensa para los matrimonios mixtos, siempre que se deje a salvo el derecho divino y se aleje el peligro de perversión para el cónyuge católico.

Contra el divorcio reproduce las siguientes normas del Concilio Tridentino: "Si alguno dijere que el vínculo matrimonial puede desatarse por razón de herejía, o de molesta cohabitación o de ausencia afectada: sea anatema" (68); y: "Si alguno dijere que yerra la Iglesia cuando en conformidad con la doctrina evangélica y apostólica, enseñó y enseña que no se puede desatar el vínculo matrimonial por razón de adulterio de uno de los cónyuges, y que ninguno de los dos, ni siquiera el inocente que no dio causa para el adulterio, puede contraer nuevo matrimonio mientras viva el otro cónyuge, y que adúltera lo mismo el que después de repudiar a la adúltera se casa con otra, como la que después de dejarlo, se casa con otro: sea anatema" (69).

Se le ha criticado a la Iglesia la práctica de fomentar el matrimonio por todos los medios posibles sin tener en cuenta los fines eugénicos y, en verdad, si el fin inmediato del matrimonio es la procreación, es evidente que deberían buscarse los medios tendientes a procurar una prole sana y, por lo mismo, impedir las uniones entre individuos afectados de enfermedades contagiosas o transmisibles por la vía hereditaria. Por estas razones, bien podría la Iglesia incluir entre los impedimentos del matrimonio esta clase de enfermedades. Y si la Iglesia no conviene en estas medidas de selección sexual alegando que "los hombres no se engendran para

la tierra y el tiempo sino para el cielo y la eternidad", el Estado debería intervenir en esta materia haciendo obligatorio el certificado prenupcial y prohibiendo los matrimonios entre personas atacadas de males venéreos en estado contagioso, dementes o que padezcan otras enfermedades que puedan transmitirse a los descendientes o contaminar al cónyuge sano, tuberculosis, lepra etc.

Antes de entrar a estudiar la organización moderna de la familia, debemos decir que la Iglesia ha reclamado siempre la jurisdicción exclusiva para todos los asuntos referentes al matrimonio, su constitución, causas de nulidad, separación de los esposos etc. Por virtud del artículo 19 del convenio con la Santa Sede, aprobado por la ley colombiana No. 35 de 1888, se reconoció a la autoridad eclesiástica la competencia exclusiva para las causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges. Lo mismo dispone el art. 9o. del Nuevo Concordato (Ley 50 de 1942), pero las causas de separación de cuerpos serán juzgadas por los Jueces del Estado. Conviene citar los arts. 5 a 8 del mismo instrumento, todavía sin ratificar por la Santa Sede, donde se estipula cierta ingerencia de los funcionarios civiles en la celebración del matrimonio católico, al que se sigue reconociéndole plenos efectos civiles.

Los derechos de familia en la edad media

En los tiempos de la Edad Media vemos a la familia volver a los tiempos primitivos de las **comunidades**. Los hijos casados viven al lado de sus padres y a menudo subsisten estas comunidades familiares después de la muerte de éstos, sobre todo entre la población rural, donde se agrupan varias generaciones en una sola casa.

Del siglo X al siglo XII el propietario no puede disponer de sus inmuebles sin el consentimiento de toda su familia. Esta costumbre de los consentimientos familiares producía varios inconvenientes para la vida de los negocios y la movilización de la propiedad, que fueron subsanados en el siglo XIII utilizando una antigua distinción entre bienes propios y adquisiciones o gananciales. Los **propios** son los inmuebles habidos por herencia de familia, los **gananciales**

son los inmuebles que el individuo ha adquirido por su actividad personal. Los primeros no pueden ser enajenados y se reservan siempre para la familia. Los adquiridos en gananciales quedan a disposición del adquirente.

Estas restricciones para la enajenación a título de venta hicieron que se desarrollara la enajenación a título gratuito, en forma de donaciones, especialmente en favor de la iglesia. Estas donaciones entre vivos que fueron al principio revocables se consideraron después irrevocables, según el adagio: "Dar y retener no vale" y este carácter de irrevocabilidad subsiste en el derecho moderno para las donaciones entre vivos, en lo cual se diferencian de las donaciones por causa de muerte, que son esencialmente revocables, se asimilan a legados anticipados y no transfieren la propiedad sino a la muerte del donante, sin haberlas revocado.

Como la donación entre vivos implica un sacrificio inmediato, la Iglesia, para favorecer las liberalidades, sigue propugnando por restablecer el testamento romano, desconocido de los germanos y que en la época de los francos había ya desaparecido.

Poco a poco y merced a la influencia cristiana aparecen en los matrimonios ciertas prácticas de colaboración económica entre los esposos que van conduciendo a la comunidad conyugal del derecho moderno. Los esposos ponen en común los bienes muebles e inmuebles que poseen al momento del matrimonio; los inmuebles aportados constituyen los propios de la comunidad, y los inmuebles adquiridos durante el matrimonio forman los gananciales.

Como consecuencia de su autoridad marital, es el marido quien administra los bienes sociales, pero no puede disponer de los **propios**, bien sean suyos o de su mujer, sin el consentimiento de ésta. La misma formalidad se requiere para la disposición de los bienes adquiridos o gananciales, porque ya en el siglo XIII "la mujer es tan grande como el hombre por sus gananciales". La costumbre considera que las cualidades femeninas de orden y economía contribuyen tanto a las adquisiciones como la actividad exterior del hombre.

El marido no puede disponer libremente sino de los bienes muebles. En cuanto a la mujer casada, no puede comprometer a la sociedad conyugal sino con el consentimiento del marido. Esta in-

capacidad no es absoluta, porque si el marido se ausenta o cae en incapacidad por locura o por prodigalidad, la mujer puede tomar la dirección conyugal y aun puede ejercer el comercio con la autorización del marido.

Al liquidarse la sociedad conyugal, por muerte de uno de los esposos se procede así: los bienes propios, según su origen, pasan o al esoso sobreviviente o a los herederos del otro; las adquisiciones o gananciales y los bienes muebles se dividen por igual entre el cónyuge supérstite y los herederos.

Si la mujer sobrevive, puede, además, reclamar a los herederos de su marido una especie de usufructo sobre los bienes que fueron propios de aquél y sin perjuicio de lo que le corresponda en la liquidación de la comunidad. Este usufructo se ejercerá sobre la mitad o sobre el tercio de los propios del marido si no ha habido estipulación previa. En esto consiste la institución de la viudedad, en que se combinaron las tradiciones romanas y germanas. La viudedad grava los bienes del marido desde la celebración del matrimonio, pero para que pueda cumplirse se requiere que la viuda sobreviva al marido; a la muerte de aquélla los bienes gravados vuelven a los herederos de éste. Se busca con esta costumbre mantener a la viuda **desconfortada** la situación social que tenía durante el matrimonio.

Además de esta costumbre de la viudedad, especialmente propia de los pueblos francos, era usual entre éstos el sistema de los dones mutuales, en virtud del cual podían los esposos donarse mutuamente en vida la parte que podía corresponderles, a la disolución del matrimonio, en los muebles y gananciales de la comunidad.

Respecto de la condición civil y social de la mujer en la época feudal se ha fantaseado mucho, con único apoyo en la literatura romancesca de aquel tiempo. El **servicio del amor** y la protección a las doncellas y a las viudas que atribuyen las leyendas a la caballería, y el famoso lema "por mi Dios, por mi Dama y por mi Rey" han hecho ver en las costumbres medioevales una elevación social a que no llegó nunca la mayoría de las mujeres. Las verdaderas damas eran una ínfima minoría de la sociedad feudal. La caballería se formaba, generalmente, de aventureros que se entregaban a todos los abusos y llevaban la honra de las mujeres en la punta de sus espadas.

Las jóvenes de la nobleza no tenían derecho de elegir a sus esposos: eran los padres quienes concertaban las uniones, sin consultar el sentimiento de sus hijas, considerando únicamente las ventajas de la alianza. El matrimonio era un acto político, una cuestión de aumento de poder merced a los nuevos vínculos. "Al interés de la casa toca decidir, no a la voluntad del individuo". Los siervos y vasallos tampoco podían escoger a sus mujeres, sin la venia o permiso del señor. Cuando una mujer heredaba un feudo correspondía al rey elegirle al esoso, y generalmente, la entregaba al que más le ofrecía.

Se ha discutido si en realidad existió durante la época feudal el derecho de **pernada** o **marqueta**, **jus primae noctis** en favor del señor sobre las mujeres de sus siervos, pero es muy posible que esta costumbre se practicara en algunas regiones, costumbre que se encuentra en muchos pueblos primitivos, no como **prelato** para el señor, sino para el sacerdote o para el jefe de la tribu.

Había en el régimen feudal un matrimonio llamado **morganático**, sujeto a la formalidad eclesiástica y que consistía en la unión de un viudo de la nobleza con una mujer de condición inferior con quien había vivido en concubinato. Se permitía este matrimonio con la condición de que ni la mujer ni los hijos de ésta podían heredar los bienes paternos, excepto en aquella parte o donación que podía otorgárseles al tiempo de los desposorios. Después se aplicó este nombre a las uniones de los príncipes con mujeres de humilde casta. Generalmente eran secretos y la mujer no podía nunca tomar la condición social de su marido ni aspirar a los privilegios políticos de aquél, como compartir el reinado o adquirir derechos en las dinastías.

En los feudos francos la tierra la heredaban los primogénitos. Entre los longobardos sucedían los varones por partes iguales. En España, según la ley de partidas, la herencia de los vasallos se transmite a los hijos o nietos, con exclusión de las hijas e hijos de éstas. No habiendo hijos ni nietos la propiedad vuelve al señor o a sus herederos. Desde el siglo XIII se estableció en España la institución del **mayorazgo**, que permitía vincular al primogénito de un tercio a un quinto de la herencia para perpetuar dichos bienes en la familia y conservar el brillo de ésta. Podía exceder de estas cuotas la vinculación pero con licencia del Rey. El primogénito de la familia se obligaba a conservar íntegros los bienes del

mayorazgo para transmitirlos a quien correspondían en caso de muerte. A fines del siglo XIV empezaron a propagarse estas vinculaciones y en el siglo XVI no había familia, poseedora de mediana fortuna, que no la vinculase al primogénito para conservar su lustre y su nombre.

Los mayorazgos se fundaban por testamento o por contrato. Así es que cualquiera persona hábil para testar y contraer podía instituir un mayorazgo de parte o de todos sus bienes, con tal de no perjudicar en su legítima a los herederos forzosos. Fundado el mayorazgo, los bienes que lo constituían adquirían el carácter de inalienables, pues necesariamente habían de pasar a determinadas personas, sin que pudiese el instituido disponer de ellos durante su vida. Como esta institución estuvo vigente en Colombia mientras se aplicó en nuestro país la legislación española, conviene dar todavía algunos detalles en relación con ella: el poseedor del mayorazgo debía hacer inventario de éste, reparar y conservar las fincas en que consistía; dar caución a los inmediatos sucesores, en caso de disipación o visible deterioro de los bienes; resarcir la pérdida o desmejoras notables ocasionadas por su culpa; pagar los censos, pensiones, tributos y cargas reales que habían de satisfacerse anualmente; suministrar alimentos a sus hermanos pobres y dotar a sus hermanas. El mayorazgo se perdía por incurrir en infamia de hecho o de derecho, por ingratitud, por disipación de todas o parte de las fincas, y por cometer alguno de estos tres delitos: lesa majestad divina y humana, sodomía y herejía.

Los mayorazgos, que ponían fuera del comercio ciertos bienes con perjuicio de la conveniencia pública y con menoscabo de la misma justicia social, eran incompatibles con las instituciones republicanas porque establecían y perpetuaban desigualdades infundadas entre los ciudadanos. Así fue que en la Constitución de 1821 se proclamó como garantía individual la igualdad de los ciudadanos sin privilegios ni distinciones y con prohibición de establecer títulos nobiliarios, mayorazgos y vinculaciones. En 1824 una ley especial declaró extinguidos los mayorazgos y vinculaciones. En España se suprimieron en 1820, se restablecieron en 1823 y desaparecieron definitivamente en 1841.

Parece del caso incluir en este aparte algunas de las disposiciones de Las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio referentes al matrimonio.

Empieza la Cuarta Partida, que habla de los desposorios y de los casamientos: que entre las honras señaladas que dio nuestro señor Dios al hombre debe contarse el haber hecho la mujer, que le dio por compañera en que hiciese linaje; que esta orden del matrimonio la estableció Dios mismo por sí y por eso es uno de los más nobles y honrados sacramentos de la Iglesia; que por eso debe ser honrado y guardado como el primero, porque es mantenimiento del mundo y hace a los hombres vivir vida ordenada y sin pecado. Por eso advierte que se pone en medio de las Siete Partidas, así como el corazón está puesto en medio de los siete cielos, donde están las siete estrellas que son llamadas planetas.

En el Título Dos, de la misma partida, se dice que el casamiento lo estableció Nuestro Señor en el paraíso por las razones dichas y también por estas razones que muestran los Santos Padres: para desviar el pecado de lujuria, lo que puede hacer el casado más que otro hombre queriendo vivir derechamente; por tener mayor amor a sus hijos, estando cierto de ellos que son suyos; para desviar contiendas y homicidios, y soberbias, y fuerzas y otras cosas muy torticeras que nacerían por razón de las mujeres si no hubiese casamiento.

La definición que se da del matrimonio es: ayuntamiento de marido et de mujer fecho con tal entención de vevir siempre en uno, et de non se partir guardando lealtad cada uno dellos al otro, et non se ayuntando el varón a otra mujer, nin ella a otro varón veviendo amos a dos.

Considera como atributos del matrimonio la fe o lealtad, el linaje, es decir, la descendencia, y el sacramento, es decir, la indisolubilidad: "pues que Dios los ayuntó, non es derecho que home los departa".

Dice que el consentimiento sólo, con voluntad de casar, hace matrimonio entre el varón y la mujer, pero prohíbe los matrimonios secretos y sin conocimiento de los padres de la mujer.

Prohíbe los matrimonios entre ascendientes y descendientes y hasta el cuarto grado en línea colateral. Entre parientes afines (cuñadiez o cuñadía) se prohíbe el matrimonio hasta el cuarto grado. Señala también como impedimento el compradazgo, o parentesco espiritual que resulta de los sacramentos.

Permite el divorcio por adulterio de la mujer, por volverse hereje, o moro, o judío alguno de los contrayentes (fornicio espiritual) y por entrar en religión uno de los esposos, consintiéndolo el otro. Este divorcio no extingue el vínculo, de modo que no puede contraerse nuevo matrimonio viviendo uno de los divorciados.

Define la dote como "el algo que da la mujer al marido por razón de casamiento y es como donación hecha con entendimiento de mantenerse y ayudar al matrimonio con ella". Lo que el varón da a la mujer por razón de casamiento (donatio propter nuptias) se denomina arras en las Siete Partidas, pero advierte que esta palabra se aplicaba antiguamente como peña o garantía de promesa matrimonial. Una vez contraído el matrimonio, quedan prohibidas las donaciones entre los esposos, pero si se hiciesen quedan siempre con el carácter de revocables (la misma regla trae el artículo 1196 de nuestro Código Civil: las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables).

El marido tiene una libre administración de todos los bienes, pero no puede vender ni enajenar la donación que él dio a la mujer ni la dote que él hubiere recibido, salvo si se hubiere apreciado.

La dote puede darla la mujer u otra persona en nombre de ella; los padres o abuelos paternos están obligados a darla por la mujer, si ella careciere de bienes.

Pueden las mujeres reservarse la propiedad y administración de algunos bienes propios suyos, que se llaman parafernales.

Se concede a la mujer el derecho de demandar la dote si su marido fuese jugador o tuviese malas costumbres o si fuese pródigo o disipador.

Permiten las Siete Partidas el concubinato pues aunque advierte que la Santa Iglesia prohíbe a los cristianos tener barraganas, dispone luego que todo hombre "no embargado de orden o de casamiento puede haber barragana sin miedo de pena temporal" siempre que no sea virgen, menor de doce años ni viuda honesta. Los hijos de estas barraganas pueden ser legitimados por declaración pública, por testamento y por escritura.

Poder y señorío tienen los padres sobre los hijos, según razón natural y según derecho: lo uno porque nacen de ellos y lo otro porque han de heredar lo suyo. Esta patria potestad se ejerce sobre

los hijos, sobre los nietos y demás descendientes por línea derecha, exceptuándose pues los hijos naturales y los incestuosos, pero incluyendo los hijos adoptivos. En virtud de esta potestad se permite al padre, aquejado de gran hambre y teniendo gran pobreza, vender o empeñar sus hijos.

Las Siete Partidas, inspiradas en el Derecho romano, fueron compiladas por Dn. Alfonso X entre los años 1256 a 1265. Se les dio carácter obligatorio bajo el reinado de Don Alfonso XI. Contienen, además de exhortaciones y doctrinas morales, muchas disposiciones canónicas y romanas, que probablemente no se cumplían antes en España. La primera partida trata del derecho natural, de las leyes, usos y costumbres, fe católica, sacramentos de la Iglesia y otras materias del dogma, pago de los diezmos, etc.; la segunda trata del derecho público, empleados y sus funciones, servicio de la corona, enseñanza, profesores etc. En la ley 25 de esta partida se consagra el derecho de insurrección. La Tercera Partida trata de los procedimientos judiciales, el dominio y modo de ganarlo, prescripción, posesión, servidumbres etc. La cuarta, de esponsales, matrimonio, dote, patria potestad, vasallos y feudos. La quinta, de las obligaciones, ferias, mercados, puertos, naves, naufragios, contratos, donaciones, préstamos, fianzas, arrendamientos, prendas, peños (hipoteca y prenda). La sexta partida trata de las sucesiones testadas e intestadas, tutelas y curadurías. La séptima se refiere a la legislación criminal.

ADMINISTRACION DE LOS TERRITORIOS NACIONALES

LA LEY 2a. DE 1943

La Constitución Nacional en su artículo 5°. dispuso que fuera de los departamentos, que se subdividen en municipios, habrá en el territorio nacional intendencias y comisarías, cuya administración corresponde directamente al Gobierno y organizadas por el legislador. Este se había abstenido de darles un estatuto orgánico lo que ocasionaba situaciones de hecho difíciles de resolver en frente al derecho, fuera de que la categoría adquirida por esos territorios exigía una regulación que les permitiera ser administrados de acuerdo con sus necesidades. Esos vacíos vinieron a llenarse por medio de la Ley 2°. de 1943, que en adelante ha de considerarse como el estatuto orgánico de los territorios nacionales.

La descentralización regional, como principio de la organización administrativa colombiana, puede ser considerada como una adquisición definitiva de nuestra estructura nacional. Sin embargo, como a tiempo de darse el país su régimen constitucional existían regiones en donde las condiciones de hecho no eran cimiento adecuado para el reconocimiento de organizaciones descentralizadas, el constituyente reservó su administración a la inmediata dirección del Gobierno central de conformidad con el régimen que la ley dictara. En la época actual parece que una gran parte de esos territorios tienen condiciones fundamentalmente diferentes a las de entonces, pues su núcleo de población, su progreso económico y su importancia cada vez mayor en el desarrollo nacional, imponen una administración que esté en contacto más inmediato con las realidades que hay que dirigir. Antes se había pensado

en que una desconcentración de funciones era suficiente remedio, pero quedaban por resolver problemas de profundas consecuencias jurídicas, como los relativos a la personalidad de las entidades territoriales y a la calidad de municipios de sus núcleos urbanos, fuera de que la acción administrativa inmediata carecía de la debida protección mientras su régimen patrimonial no obedeciera a leyes suficientemente claras.

La ley a cuyo comentario está destinado el presente ensayo, busca resolver adecuadamente esa situación, dentro de los principios constitucionales, que son un límite para la descentralización de los territorios nacionales, cuya reforma era bastante difícil y quizás no aconsejable en determinados casos. Se ha dado un paso hacia adelante en el camino de la incorporación de los territorios al conjunto nacional, y de la recta aplicación del nuevo estatuto puede resultar una nivelación en el progreso de esas regiones, al menos de las más adelantadas, con el resto del país.

Antes del nuevo estatuto, las intendencias y comisarias, que habían sido creadas unas veces por leyes y otras por decretos ejecutivos, tenían el régimen administrativo que éstos les daban, sin que hubiera una base jurídica que les conformara como sujetos de derecho y, por la tanto, sin que los actos cumplidos en su administración pudieran ser considerados como de entidades públicas diferentes de la Nación. De ahí que frecuentemente en los últimos años se discutiera la validez de esos actos, puesto que correspondían a los que el legislador había designado como objeto de la competencia de los departamentos, sin que, por otra parte, existiera disposición que autorizara al Gobierno Central para ejecutarlos en los territorios que no forman parte de ningún departamento. Ocurría, además, que en el campo de las competencias departamentales hay una distinción entre lo que es propio de la administración deliberante y lo que corresponde a la administración ejecutiva, de tal manera que aquélla tiene deberes de iniciativa, que no aparecía quién debiera cumplirlos en los territorios nacionales.

Basándose el legislador en la autorización constitucional de organizar la administración en los territorios nacionales, procedió a utilizarla totalmente y zanjar, hasta donde estaba en sus manos, los problemas que se presentaban. Al efecto, la Ley 2ª. principia su artículo 1º. confiriendo el carácter de personas jurídicas a las intendencias y comisarias, sobre lo cual dice lo siguiente:

“Las Intendencias y Comisarias de que habla el artículo 5º. de la Constitución Nacional, son personas jurídicas...”

Anteriormente se había discutido esta cuestión, sin que el acuerdo sobre ella hubiera sido posible, pues la carencia de disposición legal expresa se encontraba en pugna con la realidad. En muchas ocasiones llegó la discusión a los tribunales, que la resolvieron en uno y otro sentido. Algunos sostuvieron que la personalidad jurídica resultaba del acto de creación de la entidad administrativa por la Constitución. Por mi parte nunca participé de tal idea, pues sin un expreso reconocimiento legal o sin la reunión de circunstancias jurídicas y de hecho indispensables para que exista subjetividad jurídica, la realidad de ésta no puede ser admitida. (Cfr., mis Principios Fundamentales del Derecho Administrativo).

La Ley salva esta primera dificultad. Intendencias y Comisarias son en adelante personas jurídicas y, por ende, fuentes de acción jurídica.

Continúa el mismo artículo 1º.:

“...Se asimilan a los Departamentos en cuanto no pugne con las disposiciones de carácter especial y, en consecuencia, les son aplicables las leyes que se refieren a los Departamentos sin hacer exclusión manifiesta de las Intendencias y Comisarias, o que no sean incompatibles con la naturaleza de éstas ni con su régimen especial. Así, las Intendencias y Comisarias podrán establecer los mismos impuestos y contribuciones y tendrán las mismas rentas que los Departamentos. Pero, de conformidad con aquél precepto constitucional, están bajo la administración inmediata del Gobierno Nacional, el cual, además de las funciones ejecutivas y administrativas, ejercerá en ellas las que en los Departamentos corresponden a las Asambleas Departamentales”.

El texto transcrito no puede considerarse un modelo de técnica, ni de claridad y precisión legal. Sin embargo, resuelve dudas y abre nuevos caminos a la Administración. Sus principales defectos consisten en hacer extensiva una legislación anterior formulada para entidades que son diferentes, y la imprecisión acerca de las funciones del Gobierno Nacional en relación con la administración seccional, pues olvidando la técnica diferencia de las administraciones ejecutivas y deliberantes, opone el término funciones administrativas a las funciones de Asamblea Departamental, como si ésta no fuera pura y simplemente una corporación administrativa.

Lo que se buscaba era un asidero legal para la formación por medios de derecho público de los patrimonios de los territorios nacionales. Fué esto lo que ante todo se tuvo en cuenta, pero quizás fué allí donde se cometió un error o, mejor dicho, se trastornó nuestro sistema jurídico democrático. Pues es tradicional a éste que las cargas públicas han de originarse en decisiones de cuerpos populares, y, sin embargo, dando al Gobierno Nacional las atribuciones que a corporaciones de esa índole corresponden en los departamentos, autorizaron a aquél para que fuera la suprema autoridad fiscal en los territorios nacionales, lo que no deja de ser un antecedente peligroso para posibles ensanchamientos futuros de los poderes ejecutivos.

Si la asimilación a Departamentos se ha hecho con criterio especialmente fiscal, es innegable que dados los términos generales empleados, al par que derechos iguales a los de aquéllos, las Intendencias y Comisarías han adquirido obligaciones correlativas.

Tenemos, entonces, que el artículo 1°. conforma a las Intendencias y Comisarías como entidades de descentralización administrativa: son personas jurídicas, tienen un patrimonio y ejercerán funciones públicas. Las precisiones para estas circunstancias y el elemento que queda faltando, la jerarquía, vendrán más adelante. Sin embargo, en este mismo artículo se encuentra la limitación fundamental a esa descentralización, que en el fondo viene a ser únicamente aparente, puesto que en la imposibilidad de salvar la limitación constitucional, el legislador se vió precisado a reconocer un supremo carácter administrativo, de carácter ejecutivo, al Gobierno Nacional, lo cual nos muestra que la tenencia de una jerarquía propia e independiente, característica esencial de una descentralización real, no ha sido obtenida.

Inútil añadir que como organizaciones administrativas del Estado, las Intendencias y Comisarías están sujetas al derecho público, en los mismos términos que las otras entidades de carácter estatal. Por lo tanto, su personalidad, sus manifestaciones por medio de servicios, su patrimonio y sus funcionarios, son públicos.

El artículo 2°. de la Ley que estudio, dice:

"Las Intendencias tendrán una mayor participación que las Comisarías en la administración de sus asuntos seccionales, de conformidad con la presente Ley. Por lo mismo, para que uno de los Territorios Nacionales pueda ser intendencia se requiere que reúna estas tres condiciones:

- a) Una población no inferior a 25.000 habitantes;
- b) Rentas ordinarias cuyo producido, en promedio durante tres vicinias fiscales consecutivas, no sea inferior a ciento veinte mil pesos (\$ 120.000-00); y
- c) No menos de dos núcleos de población que llenen los requisitos exigidos por la Ley para su erección en Municipios.

PARAGRAFO 1°. No obstante lo dispuesto en este artículo, el territorio de San Andrés y Providencia seguirá siendo una Intendencia.

PARAGRAFO 2°. En consecuencia, son Intendencias los Territorios del Chocó, el Meta y San Andrés y Providencia, y son Comisarías los del Caquetá, Vichada, Guajira, Arauca, Vaupés, Putumayo y Amazonas, unos y otros por sus límites actuales. Pero el Gobierno, en cualquier tiempo, a solicitud de un número apreciable de los vecinos del territorio respectivo, y previa comprobación de las condiciones requeridas, podrá elevar a la categoría de Intendencia una cualquiera de las Comisarías".

El artículo transcrito busca señalar una diferencia de categoría entre los territorios nacionales, indicando cómo una Comisaría puede llegar a ser Intendencia. Allí sólo es digno de observar que la descentralización regional que la Ley trata de establecer no es completa, pues no se habla de independencia absoluta de las entidades seccionales para los asuntos regionales, sino simplemente de grados de participación en su administración. Se explica esto por la imposibilidad de salvar el escollo constitucional consistente en la dependencia al Gobierno a que están sujetos los territorios nacionales, lo que hace la descentralización que la Ley comentada trata de realizar, algo un poco artificiosa.

Por el artículo 3°. se hizo la división interior de las Intendencias y comisarías, estableciéndose que las entidades inferiores en éstas son Corregimientos Comisariales y en aquéllas municipios y Corregimientos Intendenciales, admitiéndose, sin embargo, la existencia de municipios en las Comisarías en los casos en que se reúnan las condiciones legales y el Gobierno lo juzgue conveniente.

Los municipios de los territorios nacionales quedan asimilados a las entidades que tienen esa calidad en la República. Con la disposición del artículo 3°. se propuso el legislador solucionar la laguna existente en la Ley, puesto que la Constitución dice de los Departamentos

que se dividen en Municipios, olvidándose que las condiciones de hecho que exigen esa calidad legal se presentan también en los territorios nacionales. De ahí que no obstante la ausencia de disposiciones claras, siempre hubieran subsistido entidades municipales en los territorios nacionales, aunque se discutiera su calidad jurídica, lo que en adelante no ocurrirá, pues la Ley dio solución precisa al problema.

El artículo 4°. está destinado a determinar la calidad jurídica de las entidades creadas por el 3°. Al efecto, estatuye:

"4°. — Corresponde al Gobierno Nacional, en las Intendencias y Comisarias, crear y suprimir Municipios y Provincias y agregar o segregar términos municipales, con arreglo a la base de población y demás condiciones que determinen las Leyes sobre la materia; y crear, organizar y suprimir Corregimientos Intendenciales o Comisariales. Los Municipios se regirán, en cuanto a su personería; representación; régimen administrativo, judicial, fiscal y electoral; derechos; facultades y obligaciones, por las normas legales y reglamentarias que regulan los demás del país, salvo lo dispuesto en esta Ley. Los Corregimientos Intendenciales y Comisariales no formarán parte de ningún Municipio; serán administrados por el respectivo Intendente o Comisario, en la forma y con la asesoría que el reglamento determine, y las contribuciones y demás rentas de carácter municipal que se establezcan y recauden en el Corregimiento no podrán ser invertidas sino en su propio beneficio".

En cuanto a los Municipios el artículo transcrito no trae ninguna innovación a nuestro derecho público positivo, y por eso no hace falta que me detenga en el análisis de lo relacionado con ellos. Como instituciones nuevas aparecen los Corregimientos, que no tienen una personería jurídica propia, ni una jerarquía administrativa, ni un patrimonio afectado a una gestión pública, por lo cual no pueden ser considerados como entidades de la organización administrativa. La división administrativa a que ellos responden es simplemente un instrumento para la acción local en manos de la organización regional más amplia de que forman parte.

Aunque no en forma explícita, aparece que el sistema tributario municipal se les afecta a los corregimientos con el fin de atender a la marcha de los servicios de interés local. Como no existen Concejos Municipales que establezcan los impuestos y elaboren los presupuestos, se plantea la cuestión de a quién corresponde la ejecución de esos ac-

tos en relación con los Corregimientos. Como la Ley no da solución expresa a este problema, debe deducirse que corresponde al órgano público a cuyo cargo se encuentran, es decir, al Intendente o Comisario, obrando de acuerdo con las disposiciones reglamentarias de la Ley, según lo estatuye el artículo que vengo comentando.

Como los Corregimientos Comisariales e Intendenciales carecen de subjetividad jurídica, no se les puede afectar un patrimonio, por lo cual se dispone que las rentas de carácter Municipal establecidas y recaudadas en su territorio, se invierten en beneficio de éste.

El artículo 5°. extiende a las Intendencias y Comisarias y a los Municipios existentes en ellas, los beneficios del artículo 182 de la Constitución Nacional, que garantiza para las entidades descentralizadas regionalmente, la patrimonialización. Dice el referido artículo:

"Artículo 5°. — Los bienes y rentas de las Intendencias y Comisarias, así como los de los Municipios respectivos, son propiedad exclusiva de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares".

Creo que no esté por demás advertir cuál es la interpretación exacta del artículo 182 de la Constitución Nacional, que también debe darse al artículo que acabo de transcribir. No se trata de que los bienes y rentas de las entidades públicas estén sujetos al mismo derecho que los de los particulares, sino simplemente que en frente a sus patrimonios, la acción de la Nación tropieza con las mismas limitaciones que las propiedades de particulares, de manera que no puede tomarlas para sí sino mediante los procedimientos ordinarios.

El artículo 6°. dispone;

"Artículo 6°. — Los Municipios y Corregimientos Intendenciales y Comisariales tienen derecho a una participación en las rentas de carácter seccional, que no podrá ser inferior a un veinte por ciento (20%) sobre los licores monopolizados, cervezas y consumo de tabaco, ni a un diez por ciento (10%) sobre las demás ordinarias. Pero el Gobierno Nacional podrá disponer que hasta un setenta por ciento (70%) del total de dichas participaciones les sea retenido para la constitución de un fondo especial, que no se confunda con los fondos intendenciales o comisariales ordinarios, y que se destine precisamente a la ejecución por el Intendente o Comisario, de las obras públicas que el res-

pectivo Concejo Municipal determine o que interesen a los Corregimientos Intendenciales o Comisariales; e igualmente podrá disponer que todas las participaciones que correspondan a estos últimos, se inviertan en los gastos ordinarios que su administración demande, sin perjuicio de que con los fondos de la respectiva Intendencia o Comisaría se supla cualquier faltante por este concepto”.

Se sigue con este artículo el sistema implantado desde 1909 en relación con las rentas departamentales, de que en ellas tengan participación los Municipios. Como a las Intendencias y Comisarias se les han concedido las mismas rentas que a los departamentos, las organizaciones territoriales existentes dentro de ellas gozarán de iguales prerrogativas en relación con esas rentas, que los Municipios en los Departamentos. Sin embargo, se introducen variaciones dignas de notar. La primera de ellas consiste en la concesión de participaciones a los Corregimientos. Estos, como se ha visto ya, no forman parte de ningún Municipio, pero tampoco tienen una calidad jurídica definida. Si a los territorios que los forman no se les concediera participación especial en las rentas seccionales, habría una desigual repartición de éstas, vulnerándose la justicia, y condenando las regiones a una centralización patrimonial que les haría sus posibilidades de progreso demasiado precarias. Por eso, para los Corregimientos también hay participaciones, pero debido a que no son sujetos de derecho, siguen esas participaciones la suerte de las demás rentas municipales que también se les han adscrito: manejadas por la Intendencia o Comisaría, se invertirán en su beneficio.

Debiendo la sección atender a la administración ordinaria de los Corregimientos, requerirá de fondos para hacerlo. Los Municipios atienden a su propia administración con los diferentes recursos con que cuentan, por lo cual quedarían los Corregimientos en situación privilegiada si con los fondos comunes de la Intendencia o Comisaría se atendiera a la referida administración. De ahí que el artículo que comento estatuya la facultad de que a la administración ordinaria en los Corregimientos se atienda con las participaciones a que tienen derecho.

La otra modificación incorporada al sistema de participaciones consiste en el control administrativo por parte del Intendente o Comisario sobre las inversiones de las participaciones en los Municipios o Corregimientos. Respecto a estos últimos la previsión sobra, puesto

que es la Intendencia o Comisaría la que administra el patrimonio afectado a su beneficio. En relación con los primeros, se deja al Concejo Municipal la facultad de decidir la inversión, pero se faculta al Gobierno Nacional para que disponga que hasta un setenta por ciento (70%) de las participaciones sean retenidas para la ejecución de Obras Públicas, por el Intendente o Comisario, fijadas por el Concejo.

Si partes del territorio nacional no lo son de un distrito municipal, se suscita el problema de quién ejercerá la jurisdicción que las Leyes atribuyen a los Jueces Municipales. A su solución atiende el artículo 7°, que dispone:

“Artículo 7°. — Las funciones correspondientes a los Jueces Municipales serán llenadas en los Corregimientos Intendenciales y comisariales, por Jueces Territoriales, cuyo número, período, jurisdicción territorial, modo de nombramiento, asignación y personal subalterno determinará el reglamento”.

Por el artículo 8° se dispone que las Intendencias y Comisarias gozarán en las rentas nacionales de las mismas participaciones que los Departamentos, garantizándose así la equitativa distribución de los fondos públicos, puesto que habría una injusticia si unas entidades tuvieran participaciones en determinadas rentas y otras nó.

Pasando a la organización de las funciones públicas en los territorios nacionales, la Ley en su artículo 9° crea los Intendentes y Comisarios en los siguientes términos:

“Artículo 9°. — En cada Intendencia o Comisaría habrá un agente inmediato del Gobierno, de su libre nombramiento y remoción, denominado Intendente o Comisario, según el caso; su funciones serán análogas a las de los Gobernadores, con las restricciones y adiciones que les señale el Gobierno, el cual podrá revisar y revocar todos sus actos”.

Vuelve aquí el legislador a emplear un sistema errado para formular principios, puesto que se limita a hacer extensivo, por analogía, el derecho que fija las funciones de los Gobernadores, a los Intendentes y Comisarios. Esta observación tiene importancia, porque habrá muchas ocasiones en que es imposible decir hasta dónde las competencias de los Gobernadores son compatibles con el régimen constitucional y legal de los territorios nacionales. El texto mismo del artículo comentado me da la razón: si expresamente se les atribuye a Intendentes y Comi-

sarios la calidad de agentes inmediatos del órgano ejecutivo central, semejante a la que tienen los Gobernadores, se cuida el legislador de designarlos Jefes de la Administración Seccional, función ésta que desde el punto de vista administrativo es la más importante de los Gobernadores. No podía hacerlo, por cuanto la Constitución ha dicho que los territorios nacionales se encuentran sometidos directamente al Gobierno Central, de manera que había un obstáculo superior para verificar la identificación que se pretendió hacer.

Dada la dependencia administrativa de Intendencias y Comisarias al Gobierno, no se les dota de una jerarquía propia, encabezada por Intendentes y Comisarios, sino que a éstos se les somete a la dirección gubernamental, que implica la sumisión permanente a la jerarquía nacional. Por lo tanto, por este aspecto puede afirmarse que uno de los elementos esenciales de la descentralización regional falta en la organización dada a los territorios nacionales.

Podrá, pues, el Gobierno ejercer su poder jerárquico nombrando y removiendo los Intendentes y Comisarios, dándoles las órdenes que juzgue necesarias para sus labores, con facultad para revisar y revocar todos sus actos, cualquiera que sea la índole de ellos.

Entonces, qué facultades corresponden a los funcionarios creados por la Ley. Les queda una categoría superior, mas no autónoma, en la administración seccional, tocándoles, en consecuencia, el ejercicio del poder jerárquico sobre todos los demás organismos y funcionarios de la respectiva administración, y además poderes de gestión de los servicios públicos, poderes de revisión de actos municipales, poderes de representación de la persona jurídica en las mismas condiciones que los Gobernadores en relación con los Departamentos, poderes de ejecución presupuestal y, en general, todos aquellos poderes propios de un director administrativo, sujetos sin embargo a la permanente dirección del Gobierno.

En el artículo 1º. se había hablado de que el Gobierno Nacional ejercería en las Intendencias las funciones de las Asambleas Departamentales, pero a regular esa atribución viene el artículo 10, que dice:

"Para el ejercicio de las funciones que en los Departamentos corresponden a las Asambleas Departamentales, el Gobierno Nacional estará asesorado, en cada una de las Intendencias, por una corporación denominada Consejo Intendencial, integrada por delegados de todos los

Municipios y Corregimientos intendenciales. El Gobierno señalará el número de los delegados o consejeros, para cada Intendencia; el sistema y la oportunidad de su elección; el período fijo, la remuneración y los viáticos de los consejeros; el personal de la Secretaría y las normas reglamentarias del funcionamiento de los Consejos. Y prescribirá, además, con sujeción a la presente Ley, todo lo relativo a derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades de los Consejeros; facultades y prohibiciones de los Consejos, y clasificación, nombre, tramitación, objeciones, sanción y fuerza obligatoria de los actos de éstos".

Pretendiendo asimilar más la administración de las Intendencias a la departamental, se crea unos Consejos asesores del Gobierno Nacional. Si tienen esa calidad, sus decisiones no podrán pasar de ser simples conceptos. Se trata de organismos de administración consultiva y no deliberante, a los cuales no les corresponde la iniciativa de la acción de la administración, que ha quedado reservada al Gobierno, en cuanto éste conserva para sí la calidad funcional de las Asambleas Departamentales. Sin embargo, al final del artículo a que vengo refiriéndome, se insinúa que los Consejos Intendenciales podrán tener facultad para ejecutar actos que trasciendan a la mera labor de asesoría, puesto que se habla de que el Gobierno reglamentará esos actos y dirá la fuerza que les corresponde. Pero el Gobierno, dada su posición constitucional en relación con los territorios, no podrá darle una fuerza que implique una supeditación a sus propias funciones, que son indelegables.

Los artículos que en seguida transcribo, tratan del funcionamiento de los Consejos Intendenciales, y sobre ellos hablaré en conjunto.

"Artículo 11. — El Gobierno podrá disponer que en las deliberaciones de los Consejos Intendenciales tengan voz y voto los Intendentes, sus Secretarios y otros altos empleados. Los auditores fiscales tendrán voz pero no voto.

"Artículo 12. — El Consejo Intendencial se reunirá, por derecho propio, en la capital de la respectiva Intendencia, cada año, en la fecha y por el tiempo que el reglamento señale para sus sesiones ordinarias. El Intendente, previa consulta con el Gobierno Nacional, puede convocarlo por determinado tiempo a sesiones extraordinarias, durante las cuales se ocupará exclusivamente en los negocios que aquél le proponga o recomiende.

"Artículo 13. — La iniciativa de gastos corresponde privativa-

de las disposiciones contenidas en la Ley debe deducirse que se trata de organismos asesores del Gobierno Nacional y de los Comisarios.

Por último, en el artículo 16, se atribuye a Intendentes y Comisarios en relación con los Municipios de su jurisdicción, facultades de tutela del patrimonio municipal, fuera de las que les corresponden por las leyes, en los mismos términos de los Gobernadores, por tener, en general, las facultades de éstos.

He querido que este ensayo sea una simple exposición del régimen nuevo de los territorios nacionales, mas no debo terminarlo sin decir el concepto que acerca de él me he formado. Como lo he dicho con oportunidad de las diferentes disposiciones comentadas, la Ley 2ª. ha venido a solucionar problemas que desde hace mucho tiempo estaban afectados por carencia de regulación jurídica. Sin embargo, debido a la sujeción al Gobierno Nacional que se consagra en la Constitución, el legislador se ha visto muy limitado para dar una organización completa a la administración territorial, lo que le ha obligado a ser vago e incongruente. La Ley se resiste, además, de ser un estatuto que trata de organizar haciendo extensivas disposiciones preexistentes de otros estatutos, lo que se presta a que su aplicación pueda verse rodeada de escollos interpretativos difíciles de superar. Considero que lo mejor es proceder a hacer las reformas constitucionales indispensables para dar a los territorios nacionales una reglamentación que permita la mejor realización de su administración.

EL CONCURSO DE DELITOS EN LA TEORIA Y EN LA LEY

CONSIDERACIONES GENERALES

Dos escuelas penales de orientación plenamente definida, se han disputado en el terreno científico el dominio en la imposición de los principios de legislación positiva, que dentro de los diversos pueblos deben regular las instituciones penales. Son ellas: la Clásica y la Positiva; la primera sistematizando en un todo armónico el cúmulo de normas y criterios que sin una autonomía perfecta formaban mas bien parte integrante de las elucubraciones de los filósofos, sin preocuparse de estudiarlos con el carácter de ciencia independiente que regulara en forma íntegra todo lo relacionado con el delito, la pena y el delincuente. Obra ésta, suficiente por sí sola, para que la memoria del gran maestro de Pisa, Francisco Carrara y sus prosélitos, merezca la admiración de las generaciones.

Sus preceptos han orientado muchas legislaciones con una finalidad altamente científica, puliendo al derecho penal de todo matiz bárbaro que tan común había sido antes de la aparición del período científico cuyo propulsor indudablemente fué el marqués de Beccaria, quien tal vez sin esperar tan eficaces consecuencias, dió origen a una de las más trascendentales revoluciones en la organización jurídica que los diversos países habían señalado en el campo de los hechos ilícitos penales y de las sanciones correspondientes.

Ya nó, como en los tiempos pretéritos, la responsabilidad dejaría ser estrictamente personal; ya la tortura como medio de allegar pruebas incriminativas dejaría de ser sistema predilecto, para relegarse al olvido; ya en fin, para el derecho penal surgía un vasto

horizonte que le imponía la función de atender con tanto esmero a la prevención de los delitos, como lo requería también para establecer las diversas medidas de represión por las infracciones cometidas.

Una gran función de progreso ha cumplido pues la Escuela Clásica, con sus postulados de imputabilidad basada en el libre albedrío, retribución a la culpa moral sobrevenida con el delito, atenuación de las penas exorbitantes, y en síntesis con su armónica apreciación del delito y de la pena como entidades puramente abstractas y jurídicas.

La segunda, o sea la Escuela Positiva, a su vez ha surgido para inspirar una nueva era de progreso en las instituciones penales, pues no hay que creer como erradamente lo afirman algunos, que su finalidad propia es la de encaminarse a un derribamiento absoluto de los principios clásicos, porque uno de sus fundadores y quizás el más ardiente y activo paladín de sus principios, Enrique Ferri, ha dicho que la función de esta nueva orientación científica no es de exterminio, sino de continuación vivificante con las ideas nuevas, de lo realizado por la Escuela Clásica.

Llena pues, en la historia de las ciencias penales una misión augusta, porque ejerce a semejanza de la Escuela clásica en relación con el derecho anterior al período científico, una delicada función encaminada a corregir y relieves para tal efecto, los perjuicios e inconvenientes, que para la sociedad reportan en su aplicación, algunos principios de la Escuela citada. Continúa el estudio del acto ilícito bajo el aspecto jurídico, considerándolo lógicamente como un estado de contradicción entre la norma legal y la acción u omisión del hombre, pero confiere importancia especialísima al estudio de la infracción como fenómeno natural y social. Sienta entonces la tesis primordial sobre la génesis del delito estimándola en una variedad de factores determinantes que pueden compendiarse en los individuales o antropológicos, los físicos y los sociales, que hacen relación estrecha al medio ambiental.

Así como la Escuela Clásica se preocupa de una finalidad fundamental para el derecho penal, comprendida en la tutela jurídica dentro de los límites de la moral, la positiva persigue la protección de los intereses sociales, de las condiciones de existencia, para lo cual adopta como postulados fundamentales, entre otros, los siguientes: Defensa social como finalidad principal del derecho

penal, actividad psico-física para cimentar sobre élla y con la mira anotada, la imputabilidad; la peligrosidad como medida de la responsabilidad, y la individualización de las sanciones en armonía con la clasificación antro-po-sociológica de los delincuentes, para cumplir así con eficacia la finalidad de defensa.

Eleva así a una superior esfera que permite una protección más eficaz de los intereses sociales, la función que se había encomendado al derecho penal, porque éste dentro del radio de acción propio a la Escuela Clásica desempeñaba una obra deficiente de amparo para ellos, por la manera de concebir la pena, la forma de apreciar al delincuente y la actividad atribuída al Estado para emprender la lucha principal contra el delito realizado y secundaria contra el gran número de factores que lo engendran, que constituyen para los positivistas el punto de combate preferencial, para poder llevar a término la misión terminante de la defensa social.

Previas estas consideraciones, pasemos al estudio del inquietante tema del concurso, que ofrece tan áridos problemas y tiene marcada significación de trascendencia, ya se le estime en consonancia con el pensamiento clásico, o en relación con el positivista.

CONCURSO DE DELITOS

Dentro de las diversas acepciones atribuídas en el diccionario de la lengua española, la palabra concurso ha recibido las siguientes: "Asistencia o ayuda para una cosa". "Reunión simultánea de sucesos, circunstancias o cosas diferentes".

Puede decirse que cualquiera de estas acepciones, tiene recibo en el derecho penal, aun cuando cada una de ellas traspasadas al terreno jurídico, tiene una significación diferente. Dentro de este medio existen el denominado Concurso de delincuentes, que se ligaría con la primera acepción citada y el Concurso de delitos que se vincula a la última referida.

El primero comprende la realización del ilícito penal por una pluralidad de agentes que lo pueden ejecutar con una participación igual, o con una necesaria, o una accesorio, creándose así las diversas modalidades contempladas en los artículos 19 y 20 del C. P. El segundo, por el contrario, ya no hace referencia al número de partícipes en la ejecución del delito, sino al cúmulo de lesiones jurídicas o para mejor decir, de delitos ejecutados por el mismo autor.

Distingúense como elementos del delito, un sujeto activo y pasivo, un objeto, material y jurídico, un daño, público o privado, mediato o inmediato, y finalmente una acción psíquica y física. Dentro de esta categoría de componentes que integran el ilícito, se comprende claramente que el concurso de delitos alude a la pluralidad de lesiones jurídicas que sobrevienen por la realización de determinadas acciones.

CONCURSO FORMAL

No todos los autores de Derecho Penal aceptan la distinción adoptada por muchos entre lo que se ha denominado el concurso formal y lo que se ha llamado el concurso material o real. Pessina, militante de la Escuela clásica, afirma por ejemplo, que "El concurso formal no es verdadera pluralidad de delitos, porque en el fondo no aparece más que una acción criminosa". (Elementos de Derecho Penal).

Sin embargo, manifiesta que existe una primera especie de este concurso, cuando una sola acción viola diferentes relaciones jurídicas, de tal modo que originan una responsabilidad por varias causas; como ejemplo de él, trae el de la persona que injuria, mata o hiere al representante de la autoridad cuando está en ejercicio de su cargo, en donde nítidamente aparecen confundidas varias lesiones jurídicas que dan vida a una responsabilidad variada, porque como bien lo expresa, el autor no sólo quebranta el derecho a la integridad personal, sino también el del Estado conculcando "la relación jurídica del respeto debido a la autoridad".

Señala además una segunda forma de nacimiento para el concurso formal o ideal, o sea en el caso surgido cuando se ha cometido un delito como medio para la realización de otro. Si es verdad que en presencia de esta situación se constata la existencia de dos delitos, para el mismo autor, quien así lo acepta, no existe sino uno denominado complejo, debido a que en la conciencia del agente están unificados por virtud del vínculo que los enlaza en la relación y el nexa aparecido a causa de la situación creada entre el medio y el fin. Como ejemplo de este delito llamado por él, complejo, pone el de un homicidio sobrevenido a consecuencia de un robo que él llama robo acompañado de homicidio y que en su concepto nunca origina dos delitos independientes precisamente por

la estrecha vinculación que poseen. En ninguno de estos casos, concluye el autor citado, se presenta el verdadero concurso porque la acción es sólo una en el primero mencionado y en el segundo si es cierto que se tienen varios ilícitos, a pesar de que pueden distinguirse, no pueden separarse ni en la conciencia del delincuente ni en la llamada objetividad del delito.

Puede afirmarse que la opinión sustentada por el eminente tradista no es compartida por un gran número de expositores del derecho penal, pues en el variado ejemplo que él trae para demostrar la inexistencia del concurso porque en el primer caso "no aparece más que una acción criminosa" y en el segundo porque "si bien hay pluralidad de delitos por la existencia de aquél vínculo, los delitos pueden distinguirse el uno del otro, pero no separarse" se acepta por ellos la concurrencia absoluta de las infracciones por las razones que más adelante habrán de exponerse.

Para mejor comprender el problema y obtener una clara razón de la crítica justa que en nuestro sentir merecen las tesis de los clásicos formuladas en torno a este interesante asunto jurídico, conveniente se hace estudiar las teorías esbozadas por el insigne Carrara en su genial programa.

Refiriéndose a los delitos ha dicho en el No. 52 que: "es útil distinguirlos en simples y complejos. En esta división se llaman simples aquellos que lesionan un sólo derecho; y complejos aquellos que violan más de un derecho, bien por mera concomitancia (como si un arma disparada contra uno hiera además a otras personas), o bien por conexión de medio a fin, como cuando se ha cometido un delito para facilitar la ejecución de otro. Más el delito complejo no debe confundirse con el simultáneo, que supone diversidad de fines y de actos aunque sean contemporáneos".

Luego hace las siguientes distinciones: No. 166.—"En primer lugar (y esta es una regla invariable) debe distinguirse si la violación de varios derechos fué producida por servir a distintos fines del culpable, independientes unos de otros, o si el reo no tendía más que a un solo fin, para conseguir el cual violaba un derecho y se valía de la violación de otro derecho como medio para alcanzar ese fin.

"En el primer caso se consideran las acciones como separadas, porque en realidad lo están material e intelectualmente; tantos como son los fines, son los títulos del delito y cada uno de ellos se

considera y juzga con independencia del otro. Si el delito fuese un ente material, la concomitancia puramente material de lugar y de tiempo podría unificar dos hechos en un solo delito. Pero es un ente jurídico que consta del elemento material y del elemento ideológico. Para que haya un nexo jurídico entre un hecho y otro, se necesita pues, que exista un nexo ideológico; es decir conexión de medio a fin. De otro modo dos actos volitivos independientes (aunque sean concurrentes) forman dos delitos No. 167).

En el segundo caso hay un solo delito. Más para saber a que título pertenece es necesario hacer una segunda distinción: o la violación del derecho, de la cual el culpable se ha valido como medio no forma un título de delito independiente, o bien esta violación constituiría si se presentase sola, un título especial de crimen (No. 168).

En el primer caso de esta última subdivisión, es decir, cuando la violación empleada como medio no constituye por sí misma un delito (parricidio) el delito que resulta de la violación del derecho que el agente se propuso como fin, no cambia de clase. Conserva siempre el mismo título y el haberla conseguido mediante la violación de otro derecho constituye una calidad agravante, que puede a veces cambiar el nombre del delito principal, pero no altera su clase. (No. 169).

En el segundo caso, es decir, cuando el medio constituye también un delito, surge una tercera distinción: o el derecho violado como medio era menos importante o de importancia igual, que el derecho cuya violación se propuso el agente como fin y entonces el delito que sirve de medio se considera como auxiliar o subordinado de otro, agravando su imputación y hasta pudiendo cambiarle el nombre; pero compenetrándose con él sin variarle de clase (robo con fractura) o por el contrario el delito que sirvió de medio era más grave que el que el agente se propuso como fin (lo que sucede la mayor parte de las veces cuando el delito medio viola un derecho universal) y entonces el hecho sale de la categoría del delito fin para pasar a la clase a que pertenece la infracción que sirvió de medio (resistencia con lesiones) tomado unas veces el nombre que le daba la violación empleada como medio por ejemplo, incendio con el fin de robar, y llegando otras, hasta cambiar su nombre: así el homicidio con el fin de robar se llama latrocinio. Por tanto es el fin que modifica el medio puesto que el medio es el que define el

delito calificado por el fin, y no el medio el que califica el fin" (No. 170).

Con gran acierto ha dicho Florián—y es al mismo tiempo uno de los motivos más vigorosos de la crítica que la Escuela positiva ha formulado contra la clásica—que ésta se ha ejercitado ampliamente en el análisis sutil y minucioso de las relaciones que pueden existir entre los varios ilícitos ocasionados por un mismo individuo y la lesión que a consecuencia de ellos resulta, olvidando por el contrario el estudio razonado y científico del delincuente, y la significación y trascendencia que reporta para los intereses sociales el índice de mayor peligrosidad que con ellos se manifiesta.

El Positivismo con su fundamental principio de defensa social, se orienta en un sentido diferente para apreciar los estados que se crean en presencia de un concurso de delitos; mira en estas situaciones un elemento característico que denota la peligrosidad del delincuente, en parte, pues entra a complementar la existencia de ella con un cúmulo de normas que más adelante habremos de estudiar, pero desecha la sutileza característica de los clásicos, para acudir a otros principios que consulten en forma eficiente las necesidades imperiosas de la protección social y determinen las bases fundamentales de una defensa adecuada a la peligrosidad deducida en los casos concretos de concurso.

La teoría de Pessina y Carrara, enseña pues, que en el concurso formal no existe una pluralidad de hechos delictuosos, porque contiene en el fondo una sola acción criminosa y el medio y el fin, aunque por sí constituyan hechos ilícitos, se refunden en uno solo como lo hacen en la conciencia del reo; si apenas existe una sola acción se tiene un solo delito y si hay varios hechos punibles cada uno de por sí, se encuentra el denominado concurso real.

Alimena, con gran sagacidad, comenta esta teoría manifestando que con ella se llega a sostener que solamente aquél que con dos acciones diversas mata a dos individuos, es reo de dos homicidios y que el que los mata con dos acciones sucesivas y con una sola resolución comete un solo homicidio continuado, y que el que con un solo golpe ultima varias personas comete únicamente un homicidio complejo y no varios homicidios porque para que exista la pluralidad de delitos no basta la de muertos sino que es necesaria una pluralidad ontológica.

Agudiza su crítica después de expresar: que "contra este edifi-

cio armónico, pero insostenible, se han dado sucesivamente muchos y vigorosos golpes demoledores". En efecto, se levanta contra esta tesis manifestando que no es cierto, ni puede aceptarse, que ante el hecho delictuoso perseguido como fin, el medio desaparezca; los argumentos con que sustenta su dicho los expone así en sus Principios de Derecho Penal, traducidos por el profesor Cuello Calón: "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 —auncuando sea más grave— solamente porque un medio los una".

"Del mismo modo no se comprende cómo puede hablarse de un solo homicidio, cuando con un solo golpe, voluntariamente pueden matarse dos hombres y si se emplea un cañón hasta ciento o más....Si todos los homicidios tienen su personalidad, porque cada uno ha sido querido individualmente, porqué decir que solamente hay un homicidio aun cuando sea más grave y mas complejo? Las determinaciones han sido tantas como las muertes que se han querido —sin que importe que hayan nacido en un solo momento o en varios momentos sucesivos— y las objetividades son tantas como los muertos....Qué importa, pues, que el reo, en lugar de molestar en la ejecución de tantas acciones sucesivas, se haya servido más cómodamente de una sola acción"?

Refuerza su argumentación combativa contra las tesis de Carrara y Pessina y las rebate con toda lógica, prohibiendo las razones aducidas por Impallomeni, según las cuales, si el autor en estos casos tiene que hacer uso de dos determinaciones dirigidas la una al fin y la otra al medio, y por consiguiente no son ni natural ni jurídicamente inseparables, y si el reo tiene la conciencia de ambas, no se encuentra la razón para sostener que sólo hay un delito, puesto que el ejecutante los ve separados pero después los une por comodidad. Finalmente añade que si se aceptara esta teoría, "sería preciso concluir que el que delibera asesinar a las personas que le disputan una herencia, comete un solo delito, pues todos los homicidios se unifican en su conciencia en un único fin".

Puede concluirse entonces en forma fundamental para desecharse la tesis comentada, que existe mucha diferencia en el hecho de que el legislador forme o configure un nuevo delito cuando concurren varios y distintos, por razones de una u otra índole, a decir

que en los casos citados únicamente en la realidad se ha operado o realizado un solo delito.

A pesar de que Alimena en sus concepciones sobre el derecho penal milita dentro del eclecticismo, pues no se adhiere en forma absoluta ni a los postulados positivistas, ni a las tesis clásicas, trata el tema del concurso con una orientación más decidida hacia estas últimas, porque se preocupa con mayor empeño de la estimación sobre la entidad jurídica del delito, relegando a segundo plano, la personalidad más o menos peligrosa del agente delictuoso.

Debido a ésto asevera que es muy distinto el criterio que debe predominar para distinguir el caso en que se comete un solo acto delictivo, de aquél en que se realizan varios hechos antijurídicos que penetran en la esfera propia de los delitos. Por consiguiente, expresa que cuando por obra de un mismo autor aparecen distintas normas jurídicas infringidas, o una misma varias veces, es necesario saber si se tiene la intención encaminada hacia todas ellas, o si por el contrario la dirige hacia una sola pero con la representación en la mente y en forma concomitante, de la otra u otras. En ambos casos, para él, el autor es imputable de todas las violaciones, porque en su sentir "tanto es querer un evento como saber que lo ocasionamos".

Al contrario, solo existe en su opinión, un delito, cuando las normas que tutelan los bienes jurídicos sean tan inseparables que la violación de cualquiera de ellas implica la violación de la otra, aun cuando en el agente no existiese el propósito y cuando la materialidad del delito no aumenta "aun cuando se quieran violar las dos; y existe un solo delito, porque existe una intención o una representación que no ocasiona nada sino lo que sin ella sería ocasionado".

Cuando las lesiones jurídicas son separables por que lo son también los bienes tutelados, ya si existe en concepto de Alimena, una pluralidad de delitos porque han sido queridos por el agente y uno de ellos podía ser separado del otro violando o poniendo en peligro el que se quería.

Entre otros ejemplos, pone para la primera hipótesis, el que se presenta en el caso de inferir una injuria mediante deformación del rostro de la persona ofendida, y para la situación de las lesiones jurídicamente inseparables, el que aparece cuando se ejecuta una violencia uniéndola a una violación del parentesco. No encaja dentro de esta hipótesis, según el mismo autor, la situación sur-

gida en el caso de existir lesiones jurídicas accidentalmente inseparables, como cuando se verifica una violación de domicilio para golpear a un paralítico que no sale de la casa. En el primer ejemplo narrado, las lesiones son inseparables en un único hecho, en el segundo solamente lo son según este tratadista, para un único fin. En el primero basta tener intención de ocasionar una para que necesariamente aparezcan violadas las otras, mientras que en el último, se requieren tantas violaciones cuantas son las infracciones.

La inseparabilidad o separabilidad de las lesiones es cuestión independiente de la unidad o variedad en las acciones en el campo de esta teoría, por lo cual con gran lógica el penalista citado agrega, que en el caso del que mata a dos personas con un solo tiro, como en el del que comete adulterio con pariente, se encuentran dos violaciones imputables, pero en el primer ejemplo se sostiene la existencia de dos delitos porque son separables las lesiones jurídicas y el agente si lo hubiera querido, hubiera podido ocasionar una sola muerte, más en el segundo, solo hay un delito porque el resultado es el mismo aun cuando el autor hubiera querido cometer las dos o una sola infracción.

De todo lo expuesto, puede colegirse cómo en el estudio del complejo problema del concurso se olvida por completo al delincuente, sólo se aguza el entendimiento para penetrar en distinciones sutiles, ya sea sobre el número de acciones que deben servir para configurar el uno o el otro, ora sobre si la acción comprende o nó una pluralidad de actos.

El mismo Alimena olvidando que él incurre en igual pecado, se encarga de calificar como sutil la teoría del concurso formal que no en todos los tiempos y legislaciones se ha aceptado, pues algunos códigos estimaron conveniente no determinarlo como figura especial dentro de su articulado, al paso que otros lo han igualado con el real y algunos como el nuestro los distinguen y separan en sus consecuencias.

Predomina en su sistema especialmente el objetivismo supeditado primordialmente a la situación de posibilidad de separar las infracciones, pues no de otra manera puede interpretarse su pensamiento cuando hace por ejemplo la afirmación de que en el caso de ejecución de un adulterio (cuando está consagrado como delito en los códigos), cometido con persona vinculada por el parentesco, sea o nó intencional el elemento psíquico que determina la acción

del agente, para ocasionar ambas lesiones, sólo da lugar al nacimiento de un solo delito.

Cómo es posible, preguntamos nosotros, por la similitud del ejemplo, expresar que en el caso en que se lleva a efecto una violencia carnal en persona allegada al autor dentro de ciertos grados del parentesco, y cuando éste tiene el propósito firme de realizar el hecho a sabiendas también de que la ofendida está vinculada por nexos de consaguinidad o afinidad decir que tan sólo se ha verificado un delito y no un verdadero concurso?

No están acaso reunidos todos los elementos propios al delito de conformidad con la "anatomía jurídica" que del mismo se ha hecho?. Un sujeto activo y pasivo (este último representado en la persona violada y en la institución familiar ofendida) una acción física y psíquica (en el caso presene la intención delictuosa y el acto físico para la ejecución) un daño y un objeto material y jurídico?. No puede aceptarse entonces la conclusión de Alimena, como tampoco son de recibo las de Pessina y Carrara en torno al mismo problema, por aquellos que como los positivistas, dan un valor diferente al concurso y aprecian en él, para entablar su acción defensiva de los intereses sociales, un sintoma de mayor peligrosidad.

Se comprende la preocupación objetivista que domina en la teoría del autor tantas veces citado, si se medita un poco en lo que afirma cuando comenta el art. 78 del C. Penal Italiano de 1890 y que a continuación se transcribe:

"De manera que, según nuestro código, existe el denominado concurso ideal cuando con una sola acción se produce un hecho único que viola normas protegidas por distintas disposiciones legales inseparables. El ejemplo del adulterio incestuoso es el más común: el que ejecuta este hecho ejecuta un solo hecho porque aunque son dos las disposiciones violadas, y aún si fueran dos las intenciones, siempre es única la objetividad material del delito, aun cuando a ella correpondan dos objetividades jurídicas y estas dos objetividades jurídicas son tan inseparables, que queriendo una sola no se ejecuta menos y queriendo las dos no se ejecuta más. (Obra citada página 528).

EL CONCURSO DE DELITOS SEGUN EL PROFESOR EUGENIO FLORIAN

Para mejor comprender esta institución jurídica y reparar con

fundamento a las orientaciones diversas que se le han dado en comparación con los preceptos positivistas, preciso se hace intervenir en la apreciación de las variadas situaciones que pueden manifestarse al relacionar la acción del agente delictuoso con la lesión surgida.

A consideración de los estudiosos, se presentan las siguientes hipótesis:

1a. — Unidad de acción y unidad de lesión jurídica. En este caso el delito es uno solo y puede la acción estar integrada por uno o varios actos; así el delito de homicidio ocasionado con diez puñaladas no pierde su unidad, ni pasa a la categoría de continuado, porque todos ellos convergen en una acción.

2a. — Pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica. La hipótesis contemplada da cabida a los denominados delitos permanentes y especialmente a los delitos continuados que se caracterizan ante todo, porque esa pluralidad de acciones, cada una de por sí delictuosa, y que infringe la misma disposición penal, se encuentra fundida en una misma resolución criminosa. Bueno es recordar, cómo también esta sutil teoría fué engendrada por obra de la benignidad de los prácticos, que persiguieron con su creación, evitar la pena de muerte que debía aplicarse al autor de un hurto por tercera vez.

3a. — Unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas, o sea, cuando con un mismo hecho se ocasionan diversas infracciones o delitos, hipótesis que ha recibido el nombre de concurso ideal o formal y que se encuentra consagrada explícitamente en nuestro estatuto penal.

4a. — Pluralidad de acciones y de lesiones jurídicas. En este caso se tiene la configuración del concurso real o material, que también puede surgir con la unidad de acción física, como más adelante veremos.

Elementos propios del concurso formal

Analizando el positivista citado, en la Parte General del Derecho Penal, los supuestos de este concurso, ha dicho que ellos son dos: Unidad del hecho y Pluralidad de las lesiones jurídicas. La unidad del hecho debe estimarse tanto objetiva como subjetivamente; como nota predominante que lleva a distinguirlo del real, se

tivo material del delito, mientras que el hecho comprende también el elemento objetivo”.

Florián, comentando la misma disposición, dice que se sustituye la expresión del proyecto que manifestaba “hecho que constituye varios delitos” y esto porque como observa la relación definitiva, no era coherente en el sistema del código hablar de títulos de delitos”.

Estimamos mas acertada y precisa la frase que hubo de suprimirse porque como puede ejemplarizarse, con una sola acción vinculada a varias intenciones o fines, puede violarse a veces la misma disposición penal, que en armonía con la teoría sustentada por Florián y que se refiere a los fines, da lugar al concurso real, mientras que afirmándose que se requiere para el concurso ideal la existencia de varias disposiciones violadas y diversas, en ningún caso tendría cabida dentro de él, el hecho nacido de la muerte de varias personas ocasionadas con una sola acción y una sola intención, porque no eran diversas las disposiciones violadas. Sin embargo, en consonancia con la teoría de la finalidad intencional, éste sería uno de los casos del concurso ideal.

Base de confusiones y pedestal de injusticias, se encuentra en el problema controvertido del concurso, mientras se le siga estimando como abstracción jurídica, desechando el contenido eminentemente realista y de defensa social que lo caracteriza al tenor de las normas positivistas.

Como este artículo tiene por finalidad hacer una crítica al sistema aceptado entre nosotros y dejar sentir que efectivamente el nuevo estatuto penal, ha hecho experimentar inquietudes de estudio, contra lo cual se quejaba con justas razones un distinguido penalista que ahora ocupa un merecido puesto en la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, traemos a colación para demostrarlo, los siguientes ejemplos:

Un sujeto, con intención plena de infringir las diversas normas protegidas por la ley, resuelve violar despreciándolas, y con el elemento a sabiendas, una hija suya. Si aceptamos como lo expone Florián, que la distinción fundamental de los concursos radica en las intenciones, tenemos aquí un concurso real, porque un hecho objetivo único, pero no intencional único, ha dado lugar a la transgresión de varias disposiciones, ocasionando varios daños; uno para la víctima del atentado contra la libertad y otro contra la fami-

lia. Por el contrario si nos atenemos a las teorías de Alimena, como son inseparables las violaciones y es indiferente en el caso con-templado la unidad o pluralidad de intenciones, nos hallamos aquí en presencia de un concurso ideal o formal.

2o. — Ejemplo. Si con una sola acción delictuosa hago un disparo contra X y lo mato y la bala atraviesa y lesiona también a Y, de conformidad con la tesis de Florián tenemos un concurso ideal o formal por ser una la intención y en armonía con la de Alimena nos vemos en presencia de uno real.

Consecuencias: El autor del hecho criminoso en el ejemplo mencionado como primero, que es responsable de un concurso ideal según Alimena y el ejecutor en el segundo que es autor de uno material para este penalista, sería castigado con menos severidad que este último, no obstante que se muestra más peligroso por la intención definida de infringir las dos normas jurídicas, al paso que el último, por ser materialmente dos los daños ocasionados y no obstante que apenas tenía una intención, demuestra hasta entonces menor peligrosidad.

Tomando en cuenta la teoría que trata de distinguir por el fin o la intención perseguida, se tiene: En el primer ejemplo hay un concurso material o real cuyo autor sería penado más severamente, que el autor de los resultados dañinos sobrevenidos por su obra, pero con una sola intención, en el segundo ejemplo referido. La razón fundamental, consiste en que el agente en el último caso, se muestra menos peligroso que el del primero.

Indudablemente que a base de sutilezas no se puede construir una teoría de utilidad social, que corresponda a las finalidades del derecho penal, sobre el denominado concurso de delitos.

CONCURSO MATERIAL

Sus notas características, pueden resumirse así: 1o. — Identidad del sujeto activo. 2o. — Una o varias acciones correspondientes a distintos fines criminales. 3o. — Varias violaciones de la ley penal. 4o. — Ausencia de condena ejecutoriada por cualquiera de ellas.

Estos requisitos los tomamos de la teoría seguida por Florián y de ellos nos ocuparemos brevemente.

Pessina señala como notas distintivas de este concurso, las si-

güentes: a) que un mismo individuo sea culpable de delitos distintos esto es, derivados de acciones diversas. b) que estos delitos además de ser distintos unos de otros, sean también independientes entre sí en la realidad objetiva de los hechos y c) que estén separados también en la conciencia del delincuente sin que aparezcan como un hecho único. (Elementos de D. Penal pág. 550).

Alimena acepta que el concurso material puede surgir con una o varias acciones y alude en términos de crítica, con las siguientes razones a las ideas de Pessina y Carrara: "es preciso recordar que aquéllos criminalistas que sostienen que una sola acción no puede dar lugar a dos delitos sostienen que tampoco dos acciones pueden dar lugar a dos delitos cuando los hechos que los constituyen están ligados por el vínculo de medio a fin. Dice Carrara 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 dos 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 imputado en el segundo delito, si existe una determinación volitiva compleja habría un delito complejo, pero un solo delito".

"Es fácil responder que en estos casos el reo tiene necesidad de una determinación dirigida al fin y después otra dirigida al medio y si el delincuente tiene conciencia de ambos delitos —y las dos lesiones jurídicas no son naturalmente ni jurídicamente inseparables— no se comprende porque ha de decirse que existe un solo delito".

Obsérvese pues, cómo en relación con el concurso no es posible unificar las opiniones; Pessina exige que el mismo individuo sea culpable de delitos que provienen de distintas acciones, los que a más de ser distintos unos de otros, deben ser independientes en la realidad objetiva y estar separados en la conciencia del autor.

Alimena se levanta con argumentación vigorosa para rebatir esta tesis y sostener contra Carrara y Pessina que el concurso material puede nacer con la ejecución de una o varias acciones, según los fines, aplica la misma sutileza clásica, cuando estima como ideal el concurso que se presenta con una sola acción y diversos fines dentro de las circunstancias que ya se anotaron. Florián marcha con Alimena cuando expresa que la unidad de acción si corresponde a

varios fines origina también el concurso material o real, pero disiente de éste cuando señala como pauta de distinción entre ellos las finalidades perseguidas independientes del factor de separabilidad o inseparabilidad de las lesiones ocasionadas.

En vista de lo anterior, manifestamos que en nuestro concepto la tesis más bien fundada y más aceptable entre las expuestas, por llenar a diferencia de las otras, una finalidad de utilidad práctica porque capta con mayor precisión el concepto de la peligrosidad de los delincuentes que tiene influencia decisiva para la estimación de estas situaciones identificándose así con el postulado positivista, es la de Florián.

DIVERSAS FORMAS QUE PUEDE ADOPTAR EL CONCURSO REAL.

En el concurso real o material es posible que los delitos cometidos no tengan vinculación alguna entre sí, salvo el nexo que proviene del hecho de haber sido ocasionados por la misma persona. Pueden ser simultáneos, lo que acontece cuando tienen la vinculación nacida por causa de la comisión realizada por la misma persona, en un mismo tiempo y lugar, lo que configura la conexión denominada cronológica, o accidental. Puede suceder que un hecho que de por sí constituye delito, se despoje de su autonomía para convertirse en elemento esencial o circunstancia agravante de otro dando lugar a la llamada conexión jurídica. Si un delito es utilizado como medio para la comisión de otro, es decir, si entre ellos se forma una vinculación de medio a fin aparece entonces lo que los autores del derecho titulan la conexión real o ideológica. Igualmente afirman, que es ontológica o material, "cuando un delito sirvió de medio a otro y facilitó su realización sin que entre ellos exista relación de medio a fin". Finalmente, se conoce con el nombre de conexión consecuencial la que se produce cuando la comisión de un delito se lleva a término para ocultar las huellas del primero o procurarse la impunidad.

LA ESCUELA POSITIVA Y EL CONCURSO DE DELITOS

Hemos afirmado que la escuela clásica estudia con gran esmero el aspecto objetivo del delito y relega a segundo plano la per-

sonalidad del delincuente que apenas le merece ligeras preocupaciones como acontece en los casos de locura, embriaguez, menor edad y sordomudez etc. Por el contrario, la positiva parte del principio fundamental de que primero está el delincuente y en él por consiguiente debe apreciarse el delito cometido. Las ideas de Florián, uno de los más meritorios prosélitos del positivismo, quien sostiene como hemos dicho la teoría del fin para apreciar las relaciones de concurso, manifestando que es "absolutamente insuficiente por tanto el criterio del hecho único" y que sobre éste debe prevalecer el criterio del fin, según el cual "cuando el delincuente aunque con un solo hecho se propuso realizar dos o más delitos, deberá ser considerado responsable de todos los hechos punibles cometidos" porque la circunstancia de la unidad en el hecho es accidental y no puede aprovecharle, al paso que si "por el contrario, el hecho es único y único es el fin delictuoso, aun cuando accidentalmente resulten dos o más los hechos punibles, no podrá estimarse al delincuente responsable de otros tantos delitos, pues a lo más, el resultado múltiple podrá valuarse a los efectos de la peligrosidad de acuerdo con el criterio general ya indicado" delimita así en un comentario lógico el pensamiento que al respecto conserva la Escuela positiva.

Estima pues, esta escuela, en armonía con su general concepción de los delincuentes, que el hecho de cometer varios delitos constituye un índice de mayor peligrosidad en el agente, que debe complementarse con el estudio de otras circunstancias, tales como el análisis de la personalidad moral del delincuente, de los motivos que determinaron la realización de los ilícitos etc., todo lo cual habrá de revelar la peligrosidad y de orientar la medida de defensa.

El eminente profesor Enrique Ferri, en la exposición de motivos que sirvió para sustentar el proyecto que lleva su nombre (1921) al comentar los artículos 23 a 26 que hacen referencia al caso, dice que es cierto que quien comete varios delitos es más peligroso que el que debe responder de uno "a no ser que éste demuestre por las circunstancias personales y materiales, una excepcional perversidad", pero agrega también que la reiteración en los delitos e incluso en la reincidencia indica diversos grados de peligrosidad según que sean, sobre todo cuando se trata de delitos leves, el efecto de desgraciadas circunstancias especiales o por el contrario de una obstinada tendencia a la criminalidad.

Hace una crítica a la orientación que hasta entonces se ha dado

al estudio del concurso considerándolo en su objetividad y despreciando la estimación primordial del agente delictuoso.

Dice lo siguiente al comentar el ordinal 15 del artículo 21 de su proyecto, que habla de las circunstancias de mayor peligrosidad en la siguiente forma: "Art. 21.—Las circunstancias que indican una mayor peligrosidad en el delincuente, en tanto no hayan sido previstas como elementos constitutivos o circunstancias modificadoras del hecho punible, son....15.— "el haber agravado las consecuencias del delito; el haber con una misma acción, y no por mero accidente, perjudicado u ofendido a más de una persona, o haber con un mismo hecho violado DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY O LA MISMA DISPOSICION INCLUSO EN TIEMPOS DIVERSOS, con actos ejecutivos procedentes de la misma resolución (Las subrayas no son del texto)".

"El número 15 no sólo comprende la circunstancia de haber agravado las consecuencias del delito cometido, sino también otras circunstancias que en el código de 1890 constituyen, en cambio, figuras especiales del delito (artículo 78 y 79); esto es, EL CONCURSO FORMAL DE DELITOS y el delito continuado (Las subrayas no son del texto). Pero mientras que en el código de 1890 el hecho de haber cometido con un mismo acto varios delitos y el haber con una única resolución continuado cometiendo en tiempos diversos una serie de delitos iguales, procura al delincuente una condición de favor—porque en el primer caso se aplica solo la pena del delito más grave y en la segunda hipótesis la serie de delitos es considerada como un delito único con el solo aumento de pena de una sexta parte a la mitad—el Proyecto en cambio, establece que tanto un caso como otro indican siempre una mayor peligrosidad del culpable, y que, en consecuencia, deben conducir a un grado mayor, y en los casos que proceda (como veremos en el Capítulo III del Título III), a una forma más rigurosa de sanción represiva, no con el sistema de cálculos fijos y esquemáticos del Código de 1890, sino con el criterio práctico del Magistrado".

El artículo 23, a que antes aludiéramos, es del siguiente tenor: "Art. 23.—Al responsable de varios delitos le será aplicada la sanción establecida para el delito más grave y se considerarán los otros delitos como circunstancias de mayor peligrosidad según los párrafos segundo y tercero del artículo 75. Las multas establecidas para cada uno de los delitos serán siempre aplicadas conjuntamente con

la sanción prescrita por la norma antedicha, siempre que en el total no excedan de doscientas mil liras”.

Su fundamento lo explica Ferri, con estas palabras: “El artículo 23 sustituye las normas aritméticas sobre la acumulación de penas por el precepto general de que al responsable de varios delitos le será aplicada una sanción que resulta de tomar como base la sanción establecida para el delito de mayor gravedad, añadiéndose la agravación correspondiente, en cantidad y calidad deducida de los otros delitos apreciados como circunstancias de peligrosidad mayor, más o menos excepcionalmente graves, según las normas establecidas en el párrafo segundo del artículo 75”.

“Con esta disposición genérica sería por tanto el Juez quien dentro de los límites legales, adaptaría la sanción definitiva a la diversa peligrosidad del responsable de varios delitos, no con arreglo a fórmulas aritméticas sino en virtud de un juicio de conjunto sobre las diversas condiciones personales y materiales referentes a los delitos por los que es juzgado el procesado. Y esto lo mismo si los diferentes delitos de los que debe responder el procesado se han producido en tiempos diversos como si se realizaron en el curso de una sola acción (caso distinto del que con un mismo hecho infringe varias disposiciones de la ley y se encuentran ligadas o no por el vínculo de medio a fin)”.

Se comprende entonces cuán diferente es para el positivismo la estimación del concurso de delitos, en comparación con las orientaciones que antes se estudiaron; sin embargo, pueden hacerse algunos reparos en relación con la técnica jurídica que acompaña estas disposiciones, pero nunca puede afirmarse que los principios positivistas que observan primordialmente la personalidad del deliciente, antes que el delito en sí, no constituyen una tesis de avanzada que consulta con mayor acierto los intereses de defensa que actualmente determinan la principal función del derecho represivo.

EL CONCURSO DE DELITOS EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Antes de transcribir los artículos que en el Código Penal Colombiano contemplan los dos casos de concurso de delitos que se han considerado, es conveniente para interpretar con mayor acierto su significación, aludir a las razones expuestas por los distingui-

dos juristas que lo proyectaron, cuando trataban de esta materia, y que se hallan consignadas en las siguientes actas:

"Acta No. 63.—Cuando se consideró el artículo sustitutivo del 28 de la anterior comisión, el Dr. Escallón manifestó:" que nota en ese precepto una deficiencia, y es la de que no se contempla el caso de la violación con un sólo hecho de la misma disposición no una sino varias veces, por ejemplo, en el caso de que el agente queriendo dar muerte a un individuo dispara y con el mismo disparo le quita la vida a su agredido y a un tercero. El mismo Dr. Escallón estima que en el proyecto se deben considerar las siguientes hipótesis: la—que con un solo acto se violen varias disposiciones o **VARIAS VECES LA MISMA DISPOSICION**, lo que jurídicamente implica el concurso formal de delitos. 2o. — que con varios actos se cometan varios delitos, en lo que consiste el concurso material y 3a. — que con varios actos se viole la misma disposición siempre que en su ejecución se revele el mismo designio, lo que constituye el delito continuado. Como artículo referente a la 1a. hipótesis o sea el concurso formal, presenta la siguiente fórmula:

"El que con un mismo hecho viole varias disposiciones de la ley o varias **VECES LA MISMA DISPOSICION**, queda sometido a la que establece la sanción más grave, aumentada hasta en la mitad". (Las mayúsculas no son del acta).

"El doctor Cárdenas manifiesta que en general le parece aceptable la fórmula, pero que es partidario de introducir una ligera modificación consistente en disminuir la sanción hasta en una tercera parte; agrega que no es partidario tampoco de que se incluya la frase "o varias veces la misma disposición" porque con tal expresión se quiere indicar que con una misma acción puede violarse varias veces la misma disposición, lo cual no es así" puesto que solo se viola una vez el precepto legal. Estima que las hipótesis que se pueden contemplar son cuatro: 1a. — Cuando con una sola acción se infringe más de una disposición penal, es decir el concurso formal; 2a. — Cuando con varias acciones se infringe una misma disposición penal, es el delito continuo 3a. — Cuando con varias acciones se infringen distintas disposiciones penales, o sea el verdadero concurso material o acumulación y 4a. — Cuando con una acción se quieren cometer varios delitos o sea el concurso material. Esta última hipótesis quedaría comprendida en la frase que el doctor Escallón quiere añadir a la disposición". (Actas pág. 148).

El artículo aprobado con relación al concurso formal, quedó así: "El que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal, quedará sometido a la que establezca la sanción más grave, aumentada hasta en una tercera parte". (art. 31 C. P.)

Con respecto al concurso material y después de consultar los Códigos Italiano Argentino y Mejicano, se adoptó la siguiente disposición:

"Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto". (Art. 33 C. P).

Debido a la gran influencia que la legislación penal italiana ha tenido en la de los demás países del mundo y por consiguiente también en la nuestra, los comentarios que Alimena y Florián han llevado a efecto para la interpretación del Código italiano, tienen gran valor para fundamentar igualmente la exégesis de los artículos citados armonizándolos con el pensamiento de la comisión, al cual vamos a referirnos.

En nuestra opinión, la tesis del Dr. Escallón cuando hablaba del concurso ideal, es más aceptable que la fórmula consignada en el Código, y no fué interpretada fielmente como hubo de creerse. Decía él, que debía contemplarse como un concurso formal el caso de que con un mismo acto se violaran varias disposiciones, O VARIAS VECES LA MISMA DISPOSICIÓN, ejemplarizando con el homicidio u homicidios nacidos por obra de un disparo que iba dirigido contra la persona a quien se quería matar, pero que también causaba otra muerte porque un tercero, sin intención alguna de ultimarlo. Por parte del autor, resultaba accidentalmente muerto. Indudablemente parece que al hacer esta manifestación, el Dr. Escallón se acomodaba a la teoría de Florián basada en los fines perseguidos y no en el elemento único de la acción, teoría que sigue también Ferri cuando expresa que con una acción se pueden cometer varios delitos que originan el concurso material. El Dr. Cárdenas con un argumento que respetamos en demasía por la autoridad científica de quien lo sustenta, pero que nos atrevemos a estimar como sutil, dijo que debía suprimirse la expresión "o varias veces la misma disposición" porque con una misma acción no puede violarse la misma disposición debido a que sólo se viola una vez el precepto legal. Consideramos que en toda ley penal existe implícitamente un precepto o

norma y una sanción expuesta en forma explícita; así, siguiendo este criterio nos vemos precisados a decir que el que mata a diez personas con acciones diferentes, a pesar de que incurre en responsabilidad por un número igual de homicidios, sólo ha violado un precepto o una norma única que se desarrolla en la ley, y que consiste en no matar. De igual manera si yo con una sola acción disparo y mato a quien me propuse y a un tercero que se atraviesa, cometo o incurro en responsabilidad por dos delitos de homicidio, aun cuando solo he violado en forma genérica un precepto o norma que contiene la ley implícitamente y que consiste en no matar.

No es pues, tan poderoso el argumento que hiciera el Dr. Cárdenas y que llevó a variar la disposición profundamente en su esencia, haciendo excluir el caso citado por el Dr. Escallón de la situación que le pertenece dentro de la teoría más aceptable que es la de Florián y según la cual por existir una sola finalidad delictuosa en ese ejemplo, configuraba un concurso formal.

De modo que claramente puede observarse cómo la hipótesis traída para el caso de concurso formal, por el Dr. Escallón, no fué resuelta con el criterio científico que la inspiraba, porque si alguno con una sola intención "unidad de hecho" de acuerdo con la interpretación que los autores le han dado a este término, comete un delito de homicidio en persona a quien quiere ocasionar la muerte y por accidente lesiona o mata a un tercero que se atraviesa, debe ser sancionado en el Código Penal nuestro y así estimamos que lo ha comprendido la jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 33 o sea con el concurso material o real y no con las normas del formal que son las aplicables en una concepción positivista y científica que consulte claramente la peligrosidad del delincuente, pues no hay que dudar que el que intencionalmente causa con una sola acción dos homicidios, es más peligroso que el que los ocasiona con una sola intención como acontece en el ejemplo primero.

Esto porque al cometer varios homicidios en la forma dicha, no se violan disposiciones diferentes, sino una misma disposición que contempla el respeto a la vida humana, aun cuando pueda presentarse el homicidio con diversas características. Por consiguiente la frase que el Dr. Escallón quiso añadir y que se refería al caso de cometerse con un solo hecho la violación múltiple de una misma disposición que también se ha contemplado en el proyecto Ferri, no ha quedado comprendida ni puede quedarlo, en la cuarta hipótesis traída

da por el Dr. Cárdenas es decir aquella "en que con una acción se quieren cometer varios delitos" o sea el concurso material, al decir del Dr. Cárdenas, porque la apreciación del Dr. Escallón era muy diferente, pues según ella se trataba de contemplar como concurso formal el caso en que con una sola acción sólo se quería un delito, pero por circunstancias especiales se producían varios que infringían una misma norma penal.

Puede afirmarse que entre nosotros, por existir todavía gran apego a las concepciones clásicas que miraban con el criterio objetivo la verificación del concurso, se considera éste a base de los daños materiales que se presentan con los delitos. No se ha penetrado a fondo a desentrañar el significado del término "hecho único" que da la pauta en forma independiente para catalogar la naturaleza de la concurrencia delictuosa; si tal cosa se hiciera, no podría afirmarse como diariamente se manifiesta, que siempre la ejecución de una violencia carnal en persona allegada por el parentesco en grado que hace surgir el incesto, configura un concurso formal. Porque si seguimos la teoría que los separa por el fin y que se aviene a los principios del positivismo, que aprecian ante todo la personalidad del delincuente, se hace indispensable tomar la conclusión de que aquél que por su atrofia moral tiene la intención de atentar contra los intereses familiares, en vía de venganza y opta para ello por una violencia en su hija, opera claramente en el campo que corresponde de conformidad con estos conceptos, al concurso material o real.

Y tienen trascendencia estas distinciones en el campo de la legislación Colombiana, porque como nadie lo niega, ella que sigue en gran parte las tesis positivistas para buscar la defensa social, ha estipulado el concurso material como merecedor a una pena o sanción más severa que la fijada para el concurso formal. Luego si una persona incurre al realizar un hecho, en dos delitos, no obstante que solo persigue una finalidad delictuosa, debe hablarse de concurso formal y sancionársele en armonía con las normas que lo regulan y no pensar si la tesis aceptable es la de que en este caso si las violaciones son inseparables aun cuando los fines sean varios, es la del concurso citado, porque así se desatiende por completo a la defensa que la sociedad debe emprender contra la peligrosidad de los delinquentes manifestada entre varios síntomas, por los delitos cometidos.

Estimamos, pues, que los dispositivos penales que en Colombia regulan esta materia, son deficientes porque con su obscuridad

han propiciado verdaderas injusticias al permitir las interpretaciones propias de las defectuosas teorías que se han analizado y que solo miran la entidad delictiva con prescindencia de la personalidad más o menos anti-social de los procesados, lo que determina como ya hemos dicho, la principal preocupación del positivismo cuando entra a regular esta materia.

Creemos entonces, que debían reformarse en sentido idéntico al del proyecto Ferri, mirando en las situaciones anotadas, los hechos producidos, como circunstancias de mayor peligrosidad y adoptando por consiguiente normas represivas que orienten al fallador en la aplicación de las medidas defensivas, para que no se reduzca su misión ni a simples funciones automáticas ni tampoco al ejercicio de un arbitrio sin mesura que pueda facilitar la comisión de marcada injusticias.

Medellín, Mayo de 1944.

El primer Congreso Jurídico Nacional recomienda al estudio del Congreso el siguiente proyecto de reformas a la ley 45 de 1936 y al Código Civil

ARTICULO 1°. — Dentro del perentorio término de dos años siguientes al día de la muerte del presunto padre natural, podrá ser intentada la acción de paternidad natural por cualquiera de las personas enumeradas en el artículo 12 de la Ley 45 de 1936 y contra las personas llamadas por la Ley o por Testamento a heredar, pero siempre que haya un principio de prueba por escrito que emane del pretense y que verse sobre la paternidad misma.

ARTICULO 2°. — Dentro del perentorio término de dos años siguientes al día de la muerte del hijo natural, podrá cualquiera de los hijos legítimos de éste intentar la acción declaratoria de paternidad natural que correspondía al finado.

ARTICULO 3°. — El artículo 1043 del Código Civil quedará así: Hay siempre lugar a la representación en la descendencia legítima y natural del difunto; en la descendencia legítima y natural de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales.

En los dos primeros casos anteriores el derecho a representar no se extiende sino hasta el segundo y tercer grado respectivamente, y cada uno de los representantes naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con representantes o herederos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal.

Para que el pariente natural tenga derecho a representar es necesario que su filiación natural esté reconocida o judicialmente declarada al tiempo de la delación de la herencia.

ARTICULO 4°. — El artículo 282 del Código Civil quedará así: El hijo adoptivo puede heredar al padre adoptante por testamento en los bienes de que el difunto pudo disponer libremente. Igual derecho tendrá el padre adoptante siempre que el adoptado sea mayor de edad al tiempo de otorgar el testamento.

Presentado por el Delegado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, BELISARIO AGUDELO D.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Según Jurisprudencia actualmente predominante en nuestros Tribunales de Justicia, la acción sobre paternidad natural no puede prosperar si en el juicio no figura el padre como demandado. A fin de que la muerte del padre natural no extinga el derecho a imponer la paternidad natural, el artículo primero del anterior proyecto modifica la doctrina del artículo 403 del C. C. sobre contradictor legítimo en lo que se refiere con el parentesco natural.

Lo esencial del artículo del proyecto está tomado del artículo 3 de la ley Francesa del 16 de noviembre de 1.912. La especificación de que el término de dos años es perentorio, tiene por objeto dejar claramente establecido, que se trata de un término de caducidad o de acción de corto plazo y no de prescripción.

En la exigencia de que haya un principio de prueba por escrito para poder establecer la acción, y no de un escrito cualquiera sino de uno que emane del pretense padre y que verse sobre la paternidad misma, se sigue la doctrina del artículo 3° Ley Francesa de 16 de noviembre de 1.912, de tal manera que la sentencia que reconoce en esas circunstancias la paternidad no viene a ser otra cosa que la ratificación de una manifestación de voluntad preexistente.

Indudablemente que la restricción de la prueba viene a restar trascendencia a la norma legal al desechar otros elementos probatorios, pero ello no obedece sino al temor a la prueba testimonial, por tristes ocurrencias a que por ese aspecto dió lugar la aplicación o interpretación en un principio de la citada Ley 45, peligros de que habló el Doctor Alberto Lleras Camargo en el Editorial de "El Liberal" N° 493 de 23 de diciembre de 1.939.

Para el caso en que quisiera ampliarse el campo probatorio podría adoptarse el principio del artículo 3° de la citada Ley Francesa siempre que se adoptaran sanciones contra los perjuros que se prestaran a semejantes confabulaciones y aún contra abogados que patrocinaran causas manifiestamente injustas.

En la forma antes expuesta parece que quedan a salvo intereses cuyo desamparo se ha observado en la aplicación de nuestra Ley 45 de 1.936.

El artículo 2° del proyecto obedece al concepto de que en las relaciones de familia que la ley impone no están de por medio relaciones puramente patrimoniales que sólo miren al interés individual del renunciante.

Antes de que en el siglo segundo de Roma apareciera la acción Pauliana, que nuestro Código Civil acoge en el Art. 2491, se había dado en el antiguo derecho una acción *In Factum*, que hallamos en las leyes 11 y 10°, Título Noveno, libro XLII del Digesto, tendientes a anular renunciadas del patrimonio hechas en perjuicio de terceros, en determinadas circunstancias, acción ésta última de la cual se puede citar dos ejemplos en nuestro Código Civil: En el Inciso 2° del artículo 862, respecto al Usufructuario, y en el artículo 1295, respecto a la repudiación de la herencia.

Siguiendo el anterior orden de ideas, tiende el artículo del proyecto a prolongar hasta por dos años el término para ejercer los hijos legítimos un derecho que no quiso o no pudo ejercer el causante.

Seguramente que en el fondo de esta disposición hay un repelente utilitarismo (el mismo que hay en la Ley 45 citada, pues es de presumir que con la imposición de paternidad no se persigue un honor sino un mejoramiento de orden económico) que choca, además, con la honra ajena, con sentimientos y afectos sagrados siempre, como son los de la madre o abuela y que por "Revelaciones Inmorales" que conlleven esas investigaciones, hizo decir a uno de los redactores del Código Francés (Duvergier, Disc. N° 27) que "Esos juicios eran la vergüenza de la justicia y la desolación de la sociedad". Pero semejantes conceptos han sido revaluados ya, por fuerza de las circunstancias, ante la realidad del hecho de la natalidad natural y del abandono de la infancia que no deben ser indiferente al legislador.

En el artículo tercero del proyecto hay dos innovaciones a la doctrina del artículo 1.043 del Código Civil: Por la primera se llama al hijo natural a representar en la descendencia legítima. Era principio

que el parentesco natural no ascendía sino hasta el padre. La Ley 45 de 1.936, en su artículo 25, impuso al hijo natural la obligación de suministrar alimentos congruos al abuelo paterno. Llamar al hijo natural a representar, y a heredar así al abuelo paterno, no implica sino un Quid Pro Quo ante aquella obligación, a más de que no hay razón para que herede, por transmisión y no por representación.

La segunda innovación consiste en permitir la representación en la descendencia natural de hermanos legítimos. Es una ampliación en las relaciones de familia, lógica y aún justa. Sé de casos concretos como éste: Murió un hijo natural, huérfano, los bienes que dejó los recogió el Municipio porque la pariente más cercana, una tía, hermana legítima de la difunta, con quien el causante vivió y a quien ella había criado, no tuvo derecho a representar. Y siguiendo las leyes del Efecto, que son las que se siguen en la sucesión intestada, es de suponer que la tía aludida era más cara a los afectos del finado que el aludido Municipio.

En los dos casos anteriores téngase en cuenta que se trata de una persona natural incorporada a la familia antes de la delación de la herencia, como se advierte en el segundo inciso del artículo del proyecto.

En los citados casos de representación participa en la herencia el representante en la proporción dicha en el artículo 18 de la Ley 45 de 1.936, por los mismos motivos que al expedirse este artículo tuvo en cuenta el legislador.

La intensidad del efecto que implica el prohijamiento por medio de la adopción, justifica la variación que el artículo del proyecto hace al artículo 282 del C. C.

El artículo del proyecto no permite que el padre adoptante herede al hijo adoptivo menor de edad en el momento de otorgar el testamento, para evitar así coacciones del orden moral.

Bogotá, Abril 5 de 1.944.

Comentarios al proyecto sobre reformas a la ley 45 de 1936 y al Código Civil, de que es autor el Dr. Belisario Agudelo D.

El proyecto de que es autor el Dr. Belisario Agudelo, sobre reformas a la ley 45 de 1936 y al Código Civil, entraña una fundamental evolución y una nueva orientación, en institución tan importante como esta de las relaciones familiares y el estado civil de las personas, por lo que debe ser estudiado y ampliamente discutido con la atención debida.

Para su mejor comprensión y por simple cuestión metodológica, lo dividiremos así: a). Lo que dice relación a la declaración de paternidad natural después de muerto el presunto padre; b). Lo relativo a la sucesión intestada en lo que toca con la descendencia natural del difunto y con la descendencia natural de los hermanos legítimos del difunto; y c). Lo referente a una más justa regulación —así lo cree el autor y nosotros con él— en las relaciones existentes entre el padre adoptante y el hijo adoptivo.

El proyecto de que me ocupo, contempla tres aspectos diferentes —suceptibles de una precisa delimitación— de nuestra legislación civil; en concordancia con ello, he hecho la división anotada.

a). Aboga el Dr. Agudelo porque la muerte del presunto padre no conlleve la de la acción declarativa de la paternidad, ya que según jurisprudencia predominante en nuestros tribunales de justicia se ha op-

tado por el criterio, de que, muerto el padre, se extingue la acción peticionaria de paternidad.

En caso de adoptarse la reforma propuesta —y que yo no comparto— se haría preciso fijar el límite exacto dentro del cual pudiera intentarse la acción; por ello el proyecto señala un plazo máximo de dos años, fijado éste plazo de una manera más o menos arbitraria, contados desde el día de la muerte del presunto padre.

No encontramos en la exposición de motivos, el por qué de esta reforma, pues ella se limita a explicarla con claridad y precisión y a manifestar que con ella se sigue la legislación francesa. Tampoco vemos la razón para dejarnos guiar por legislaciones extrañas, cuando la nuestra es tan clara, tan precisa y tan sólidamente constituida en lo que atañe a las relaciones familiares y al estado civil de las personas.

Pero se me dirá: La sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa por cuanto no tiene otro efecto que reconocer al hijo como colocado dentro de cualquiera de las cuatro causales que según la ley 45 de 1.936 da derecho a la sentencia judicial; y porque para una persona el fallo judicial no puede constituir el título de hijo respecto de su padre, puesto que una declaración judicial no posee la virtud de crear el vínculo de la procreación.

La sentencia sobre filiación natural no es declarativa sino Constitutiva, porque para que se tuviera como de la primera clase sería preciso admitir que por el sólo hecho de colocarse el presunto hijo dentro de cualquiera de las cuatro causales a que me he referido, adquiriría por ese sólo hecho la calidad de hijo natural, lo que es evidentemente un absurdo porque el artículo 1.º de la ley 45 de 1.936, dice textualmente:

“El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento”.

Analizando éste artículo podemos distinguir dos situaciones referentes a la filiación natural: O se busca esta respecto del padre o se hace respecto de la madre; en el último de los casos propuestos si tiene plena validez la teoría que vengo combatiendo, en presencia de un precepto positivo tan claro como el de que “También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento”.

No es menos clara y terminante la primera parte del artículo, que exige dos condiciones esenciales para poder tener la calidad de hijo natural respecto del padre; tales exigencias son:

- 1.º Haber sido hijo de padres que en el tiempo preciso de la concepción no estaban casados entre sí; y
- 2.º Haber sido *reconocido o declarado* tal (hijo natural) de conformidad con la ley.

La norma es bien clara. Se precisa que quien se halle en cualquiera de las causales que dan lugar a la declaración de paternidad, haya sido reconocido o declarado hijo natural; sin este reconocimiento o sin esta declaración, nadie puede tener la calidad de tal.

Creo que no es este el momento oportuno para entrar a analizar las diversas teorías sobre la relatividad o los efectos absolutos de estos fallos; ni lo referente a la indivisibilidad del estado civil; ni la teoría del contradictor legítimo; todo ello lo haremos posteriormente.

Y si para nadie, la sentencia puede hacer nacer el vínculo entre padre e hijo natural “si constituye el título de un estado civil, de una categoría especial dentro de la sociedad, la de hijo natural, cuya adquisición somete la ley a sensatas restricciones por altas y saludables razones sociales”.

No sobra observar que la legislación Colombiana, estatuye —muy sabiamente en nuestro concepto— un plazo más amplio (la vida del padre) para poder ejercer la acción, que la misma legislación francesa —que es la que se ha querido tomar por guía— basada en cortos plazos claramente delimitados e independientes por completo de cualquier posible evento; la muerte del presunto padre, por ejemplo.

Estimamos de grande inconveniencia para la estabilidad de la familia, el prolongar más allá de la muerte del presunto padre, la acción para pedir la declaración de hijo natural; porque no serán suficientes, lo demuestra la experiencia, para contener la aparición “del hombre de presa en nuestra vida jurídica con todas sus características bárbaras” los remedios propuestos por el autor del proyecto. No podemos desentendernos de nuestro propio medio, al legislar!

A este respecto, dice un expositor Colombiano: “El fin social de la ley (45 de 1.936) es el de proteger a la infancia desamparada, a los hijos nacidos de uniones ilegítimas que reúnan las circunstancias previstas enfrente de los padres que olvidan los deberes que el derecho y la moral les imponen hacia seres inocentes de la culpa de quienes les han dado la existencia, protección que satisface con exceso el fin hu-

manitario que persigue, si la acción se mantiene viva, como en Colombia, durante toda la vida de los progenitores. Pero no más allá, ni de manera perpetua, porque entonces la protección a una clase se convertiría en ataque a otros intereses sociales también muy respetables, que se verían, como se ha visto ahora, asaltados victoriosamente por los cazadores de herencias, de que ha hablado la prensa periódica en términos de justificada indignación".

"Si la ley no hubiese fijado un límite, un término extintivo de la acción, la estabilidad de los patrimonios de las familias legítimas estaría indefinidamente expuesta a las artimañas de la codicia y bajo la permanente amenaza de un proceso, por lo menos. Todas las legislaciones le señalan plazos cortos a la acción investigativa, "para no abrirle la puerta a los abusos y a las tentativas de chantaje, como lo explica el profesor Jossierand". El plazo máximo es de tres años, en las legislaciones de Bélgica, Holanda y Alemania. En otros países es de uno y dos años, contados desde la fecha del parto".

El Dr. Belisario Agudelo dice en su clara exposición de motivos que "la sentencia que reconoce en esas circunstancias la paternidad no viene a ser otra cosa que la ratificación de una manifestación de voluntad preexistente".

Pero no siempre es tan fácil comprender la posesión notoria del estado civil de hijo natural, porque "muchas veces las manifestaciones del sentimiento del amor que nos lleva a la familia se confunden con las de la caridad que nos acerca al prójimo y con las de la piedad que nos conduce a Dios, de una parte, y de otra, hay que contar con la codicia humana que va derramando su mirada por donde puede adueñarse de lo ajeno".

En el trato social, dice con razón Cambacérés "es muy fácil simular, con cálculos para un futuro próximo o remoto, una presunción de paternidad que no ha existido nunca. La adhesión y la solicitud aparentemente desinteresadas hacia una persona colocada en determinadas condiciones, van creando el sentimiento de la gratitud que da nacimiento a las manifestaciones afectivas, que no pocas veces se confunden y se toman como demostraciones inequívocas de paternidad".

Por todo lo expuesto estimamos de una enorme inconveniencia la consagración, en su primera parte, de la reforma que estudiamos.

Para mi tengo, que la jurisprudencia de que habla el Dr. Agudelo en su exposición de motivos, no ha hecho otra cosa diversa a aplicar la Ley Colombiana que en algunos preceptos consagra de manera tácita

—más por ello, no menos clara— la extinción de la acción para pedir la declaración de hijo natural por la muerte del presunto padre.

En efecto, el artículo 402 del C. C. estatuye que para que los fallos sobre filiación natural produzcan todos sus efectos, deben ser pronunciados contra "Legítimo Contradictor". En concordancia con el precepto aludido, dice textualmente el artículo 403 de la misma obra: "Legítimo Contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo.

Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad".

Qué significa forzosamente? Cómo puede el padre (que es el único legítimo contradictor) intervenir forzosamente u obligatoriamente, si ha muerto?.

Y como si aún faltase una norma más expresa, el artículo 404 del Código Civil Colombiano, establece la única ocasión en que el juicio no se adelanta contra el padre, sino contra sus herederos, dice el citado precepto: "Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados no comparecieron".

Si los herederos representan al contradictor legítimo, únicamente cuando éste haya fallecido antes de la sentencia, es porque se presupone ya la existencia de un juicio iniciado contra ese legítimo contradictor, que al tenor del artículo 403 del C. C. no puede ser otro que el presunto padre.

El artículo 2.º del proyecto que nos ocupa, le atribuye a los hijos legítimos del finado (hijo natural) la facultad de promover la acción que su padre por cualquiera causa no promovió mientras tuvo capacidad para hacerlo, dándoles a aquéllos un plazo hasta de dos años a partir del día de la muerte del hijo natural.

Adolece, en mi concepto, de las mismas deficiencias del artículo primero, con el agravante de hacer más fácil la inseguridad familiar.

Por qué, si se desea seguir la legislación francesa, vamos a ir más lejos que ella y a consagrar absurdos que en ella no existen?.

Y digo que a consagrar absurdos que en ella no existen porque la ley francesa de 16 de noviembre de 1.912, establece términos precisos y demasiado cortos (independientes de cualquier evento, como la muer-

te del padre) para el establecimiento de la acción, al paso que la legislación Colombiana es mucho más amplia en cuanto a estos mismos términos que la francesa, como quiera que la está concediendo durante toda la vida (cualquiera que sea el número de años) del presunto padre.

Muchos expositores Franceses, se lamentan de que no exista en su legislación un artículo expreso, del tenor de los artículos 403 y 404 del Código Civil Colombiano. Por ésto, comentando la superioridad, la claridad, el esmero y la previsión del Código de Chile (igual al Colombiano) en esta materia, dijo La Graserie que "Su nota característica es la unión del claro genio latino, que preside su redacción, y del espíritu profundo, investigador y completo de las legislaciones romanas y germánicas, que concibe, analiza, depura y sintetiza poderosamente".

Ya en 1.941, escribió el Dr. Hernán Copete: "Para ponerle un término a la acción, por las razones ya vistas en capítulos anteriores, y para que la situación de las partes en el juicio no sea de ventaja para la una y de desventaja para la otra, por aquello de que "los vivos culpables tienen siempre razón en sus pleitos contra los muertos inocentes", la ley fijó la muerte del padre natural como término extintivo de la acción sobre investigación de la paternidad natural establecida en el artículo 4º, mencionado. Y si así no fuese, nadie se escaparía del asalto sobre el patrimonio de su familia legítima, después de muerto. Las esposas y los hijos de los mismos sostenedores de la tesis reñida con el espíritu y la letra de la ley colombiana serían más tarde víctimas del propio invento de sus padres y maridos, porque así la ley sobre filiación natural quedaría convertida en patente de piratería".

b). De acuerdo con nuestro Código Civil, la representación tiene lugar *únicamente* en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales; siendo los descendientes legítimos los únicos llamados legalmente a representar.

Sabido es que la ley, al reglar la sucesión intestada, lo hace atendiendo los nexos familiares y a la manera como se encuentra constituida la familia. Por obvias razones de conveniencia social, debe mantenerse siempre un criterio de privilegio hacia los descendientes legítimos sobre los naturales en cuestiones hereditarias, más la dificultad se presenta al tratar de establecer el límite de ese privilegio.

Si bien es cierto que al hijo natural no le cabe ninguna culpa por su calidad de tal, no lo es menos que una igualación entre el hijo legí-

timo y el que no lo es, traería consigo la total relajación de la familia, único verdadero sostén de la sociedad.

En busca de un criterio para establecer la justa posición entre el hijo legítimo y el natural, el legislador ha venido cambiando constantemente, en materia de herencias, la norma respectiva; antes el hijo natural era llamado a la herencia en defecto de los descendientes legítimos del difunto, sus legítimos ascendientes y sus colaterales legítimos; existiendo cualquiera de éstos se excluían aquéllos; más no parece lógico —siguiendo la intensidad afectiva— que los hermanos o abuelos prevalezcan sobre sus propios hijos, aunque ellos no sean legítimos.

Hoy se ha consagrado la concurrencia del hijo natural con el legítimo en la sucesión intestada del padre común. Para salvaguardar el principio enunciado antes, ha dispuesto que el hijo natural lleve en la herencia la mitad de lo que corresponde al hijo legítimo norma ésta que considero de alta conveniencia y de gran sabiduría y que debería mantenerse —como lo hace el proyecto de reforma que comento— en lo sucesivo.

Nos parece demasiado justo que se le conceda al hijo natural un derecho que hoy está reservado exclusivamente a la descendencia legítima, como es el de representar, ya que no encontramos razones justificativas de ningún orden para sostener la doctrina contraria que es la actualmente en vigencia; además como muy bien lo explica el Dr. Agudelo, ello no implica sino una correlación ante la nueva obligación impuesta por la ley 45 de 1.936 al hijo natural en relación con el abuelo paterno.

Si puede el hijo natural, en algunos casos, ser representado, que razón existe para que él no pueda representar?

La segunda innovación que con tanto acierto propone el proyecto de reforma, al artículo 1043 del C. C. tiene, dentro del círculo familiar, los mismos motivos de justicia que encontramos para defender la primera parte del artículo 3º. del mencionado proyecto. Casos como el que se cita en la exposición de motivos, son múltiples y frecuentes y están demostrando en el terreno de la realidad la injusticia que se comete al amparo del citado artículo 1043.

Actualmente existe la representación en la descendencia legítima de los hermanos legítimos del difunto; el proyecto tiende a extender dicha representación a la descendencia natural de los hermanos legítimos del difunto. Creemos de justicia ésta innovación.

c). La última parte del proyecto que nos ocupa, me parece más que

excelente, pues considero demasiado defectuosa, nuestra legislación civil en cuanto a la regulación de los nexos que deben existir entre el padre adoptante y el hijo adoptivo.

Si hemos de guiarnos por el afecto que pueda profesar el adoptante hacia el adoptado —norma que debe ser tenida en cuenta en la regulación de todas las relaciones familiares— no es verdad, que éste para aquél ocupa el lugar de hijo?

Y no podemos afirmar lo mismo en cuanto al hijo que demanda la declaración de paternidad natural, puesto que ni siquiera ha sido reconocido voluntariamente por su presunto padre.

Entonces si la persona adoptada, es, afectivamente considerada, un verdadero hijo para el adoptante, porqué no ha de poder heredarle siquiera en lo que es de su libre disposición?

Yo creo que el hijo adoptivo debe figurar entre quienes tienen derecho a la cuarta de mejoras y aún más: para mí tengo que el hijo adoptivo debería ser heredero forzoso y concurrir con los demás herederos que tengan la misma calidad; porque no debemos olvidar (para evitar el que se nos hable del superior derecho de los hijos legítimos) los artículos 272 y 287 del C. C. que nos dicen, en su orden:

Artículo 272 "No podrán adoptar los que tengan descendientes legítimos".

Artículo 287 "La adopción fenece por muerte del adoptante o del adoptivo.

También fenece por el hecho de tener el padre o madre adoptante descendencia legítima".

Y de gran fuerza para sostener la tesis que he enunciado, es el artículo 281 del Código Civil Colombiano que iguala al adoptado respecto del adoptante, al hijo legítimo respecto de su propio padre legítimo. Dice así la citada disposición:

Artículo 281 "Después de otorgada legalmente la escritura de adopción adquieren respectivamente el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones de padre o madre e hijos legítimos".

En lo referente al adoptante respecto del adoptado y para evitar coacción del orden moral o dolosas confabulaciones, estimo muy acertada la tesis del Dr. Agudelo, de que sea heredero únicamente por testamento y cuando el adoptado es mayor de edad en el momento de otorgar el testamento, siendo asimismo, como es obvio, legalmente capaz.

Medellín, junio 6 de 1944.

LA INSTITUCION DEL JURADO

La institución del Jurado ha venido siendo objeto de fundadas críticas, tanto por parte de los juristas informados en la orientación positivista del derecho penal, como de los más destacados funcionarios del Organismo Judicial. Las críticas, acertadas todas ellas, enfocan el problema con la necesaria claridad para demostrar la contradicción que provoca el principio de la **responsabilidad legal**, estatuido en el Código Penal Colombiano con la interferencia del fallo de responsabilidad moral, único posible de ser pronunciado por el Jurado.

Vale la pena, más cuando últimamente el problema ha sido agitado en el primer Congreso Judicial e investigado con detenimiento por la Procuraduría General de la Nación, examinar con alguna amplitud la función del Jurado, su cometido en la administración de la justicia penal y el papel que hoy efectivamente desempeña frente al estatuto penal que nos rige.

Siguiendo el orden de cuestiones planteadas por la Procuraduría General a los funcionarios judiciales en su importante circular de octubre último, haremos el estudio de esta materia.

1o. — Debe suprimirse la institución del jurado?

Es evidente que dentro de la legislación penal anterior el juicio por jurado para decidir la responsabilidad de los acusados por delitos de cierta entidad, puede estimarse como procedimiento exactamente ajustado a la orientación fundamental del Código de las penas, e incluso realiza, desde el punto de vista político, una interpretación democrática de la justicia. En puro derecho la declaración de responsabilidad frente a la anterior legislación, estaba su-

excelente, pues considero demasiado defectuosa, nuestra legislación civil en cuanto a la regulación de los nexos que deben existir entre el padre adoptante y el hijo adoptivo.

Si hemos de guiarnos por el afecto que pueda profesar el adoptante hacia el adoptado —norma que debe ser tenida en cuenta en la regulación de todas las relaciones familiares— no es verdad, que éste para aquél ocupa el lugar de hijo?

Y no podemos afirmar lo mismo en cuanto al hijo que demanda la declaración de paternidad natural, puesto que ni siquiera ha sido reconocido voluntariamente por su presunto padre.

Entonces si la persona adoptada, es, afectivamente considerada, un verdadero hijo para el adoptante, porqué no ha de poder heredarle siquiera en lo que es de su libre disposición?

Yo creo que el hijo adoptivo debe figurar entre quienes tienen derecho a la cuarta de mejoras y aún más: para mí tengo que el hijo adoptivo debería ser heredero forzoso y concurrir con los demás herederos que tengan la misma calidad; porque no debemos olvidar (para evitar el que se nos hable del superior derecho de los hijos legítimos) los artículos 272 y 287 del C. C. que nos dicen, en su orden:

Artículo 272 "No podrán adoptar los que tengan descendientes legítimos".

Artículo 287 "La adopción fenece por muerte del adoptante o del adoptivo.

También fenece *por el hecho de tener el padre o madre adoptante descendencia legítima*".

Y de gran fuerza para sostener la tesis que he enunciado, es el artículo 281 del Código Civil Colombiano que iguala al adoptado respecto del adoptante, al hijo legítimo respecto de su propio padre legítimo. Dice así la citada disposición:

Artículo 281 "Después de otorgada legalmente la escritura de adopción adquieren respectivamente el adoptante y el adoptado *los derechos y obligaciones de padre o madre e hijos legítimos*".

En lo referente al adoptante respecto del adoptado y para evitar coacción del orden moral o dolosas confabulaciones, estimo muy acertada la tesis del Dr. Agudelo, de que sea heredero únicamente por testamento y cuando el adoptado es mayor de edad en el momento de otorgar el testamento, siendo asimismo, como es obvio, legalmente capaz.

Medellín, junio 6 de 1944.

LA INSTITUCION DEL JURADO

La institución del Jurado ha venido siendo objeto de fundadas críticas, tanto por parte de los juristas informados en la orientación positivista del derecho penal, como de los más destacados funcionarios del Órgano Judicial. Las críticas, acertadas todas ellas, enfocan el problema con la necesaria claridad para demostrar la contradicción que provoca el principio de la **responsabilidad legal**, estatuido en el Código Penal Colombiano con la interferencia del fallo de **responsabilidad moral**, único posible de ser pronunciado por el Jurado.

Vale la pena, más cuando últimamente el problema ha sido agitado en el primer Congreso Judicial e investigado con detenimiento por la Procuraduría General de la Nación, examinar con alguna amplitud la función del Jurado, su cometido en la administración de la justicia penal y el papel que hoy efectivamente desempeña frente al estatuto penal que nos rige.

Siguiendo el orden de cuestiones planteadas por la Procuraduría General a los funcionarios judiciales en su importante circular de octubre último, haremos el estudio de esta materia.

1o. — Debe suprimirse la institución del jurado?

Es evidente que dentro de la legislación penal anterior el juicio por jurado para decidir la responsabilidad de los acusados por delitos de cierta entidad, puede estimarse como procedimiento exactamente ajustado a la orientación fundamental del Código de las penas, e incluso realiza, desde el punto de vista político, una interpretación democrática de la justicia. En puro derecho la declaración de responsabilidad frente a la anterior legislación, estaba su-

bordinada al principio clásico de la imputabilidad moral, como que el delito en su integración jurídica presupone la voluntad y libertad del agente. En estas condiciones la evaluación de la responsabilidad podía someterse lógicamente al criterio moral y de autonomía de la conciencia del Jurado, cuya estimación encontraba suficiente arbitrio en la ley.

Aparte de esta concordancia entre el régimen de la responsabilidad moral y la institución del Jurado, podría decirse que ésta, como fuero especial en la función jurisdiccional del Estado, encuentra su justificación política llevando la interpretación del Jurado a los mismos hechos históricos que la determinaron.

Pero si el Jurado se ofrece como institución fielmente acoplada al anterior derecho penal, no ocurre lo propio al situarlo frente a una legislación cuyos principios directores son absolutamente distintos. Descartando el mérito que políticamente se le ha otorgado, como institución garante de la libertad personal, el Jurado no cumple un cometido lógico actualmente en la administración de justicia. Resulta un instrumento inoperante y contradictorio porque en su ejercicio, de manera fatal, al juzgar la conducta de un procesado, se sitúa en el campo de la responsabilidad moral, descartada de plano en el Código Penal vigente.

Hay dos principios básicos en la legislación actual que hacen impropia la intervención del Jurado y que, precisamente, identifican la orientación positiva del Código. Esos principios son: La imputabilidad surge de la sola actividad psicofísica del agente, independientemente considerada de sus condiciones de idoneidad psicológica, lo que equivale a decir que hay imputabilidad cuando al sujeto puede atribuirsele física y psíquicamente la ejecución del hecho antisocial. La responsabilidad, calculada en sus consecuencias penales sobre la peligrosidad del agente, nace sencillamente de la transgresión del mandato legal.

Cuando un individuo es llamado a juicio por la comisión de un delito, ya está afirmado el supuesto de la imputabilidad. Su responsabilidad, por ser de carácter legal, no tiene por que ser apreciada en conciencia y de acuerdo con el Código Penal esa estimación debiera corresponder al juez de derecho.

Esto, en términos generales, pues no podría menospreciarse ni desestimarse la intervención del Jurado para el juzgamiento de ciertos hechos cuya valoración psicológica es en veces demasiado compleja. Tal ocurre, por ejemplo, con el delito de homicidio, en

cuya estimación surgen con frecuencia factores propios a la legítima defensa, la provocación, el estado de necesidad, estado de ira, peligro, etc., todos los cuales admiten el Juicio en conciencia sin quebrantar el principio de la responsabilidad legal. Pero, en contrario, hay hechos delictuosos cuya integración jurídica es de tal tecnicidad que para su juzgamiento el Jurado es incompetente e inadecuado. De estos delitos podríamos dar la falsedad, el peculado, la falsificación de moneda, entre muchos otros.

2o. — Debe el Jurado intervenir sólo en determinados procesos? — En cuáles?

Dos distinciones cabe hacer sobre esta cuestión.

En primer término debe descartarse de plano el Jurado para los delincuentes del art. 29 del C. P. La delincuencia anormal no puede someterse técnicamente al procedimiento ordinario adoptado para los delincuentes intencionales o culposos. Repugna, por las condiciones mismas del agente del delito en los casos del art. 29, que un Tribunal Popular sea llamado a decidir sobre problemas de afirmación científica como son la enajenación mental, la anomalía psíquica o la intoxicación crónica.

Para esta clase de delincuentes lo adecuado sería adoptar un procedimiento especial, sumario, en el que la decisión del Juez de derecho no tuviera otra intervención distinta a la necesaria de Facultativos o Peritos que dictaminaran sobre la personalidad del sujeto, la medida de seguridad aplicable y su duración.

En segundo lugar, ya para delincuentes normales, la intervención del Jurado debiera limitarse a aquellos delitos que por su propia naturaleza, íntimamente vinculada a las reacciones afectivas de la personalidad humana, permiten la estimación amplia de los motivos determinantes, factores generadores del delito y circunstancias relacionadas con él, al alcance de un verdadero juicio social.

De los delitos que están señalados en el art. 45 del C. de P. P., podrían conservarse para el Juicio con intervención de Jurado, los que atentan contra la existencia y la seguridad del Estado, los que afectan el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, y los pertinentes contra la integridad personal. Los restantes podrían seguir siendo de competencia de los Jueces Superiores, pero sin la intervención del Jurado.

La intervención del Jurado la estimamos, por lo tanto, de importancia para los llamados delitos políticos y para aquellos que afectan la integridad personal, como el homicidio, el aborto, etc. Respecto a los primeros es incuestionable que el ejercicio jurisdiccional del Estado por medio del Organó Judicial requiere la participación desprevénida de la Sociedad por medio del Jurado, principalmente para valorar sin fanatismos ni exageraciones la verdadera entidad de las infracciones de orden político. Representa igualmente este procedimiento una eficaz garantía contra posibles persecuciones, o en contrario, para evitar la impunidad por tales delitos.

Respecto a los segundos ya hemos dicho que la intervención del Jurado se justifica como entidad hábil para la apreciación de los complejos fenómenos personales y sociales que contribuyen a la producción de tales delitos.

30. — Procedimiento para la constitución del Jurado y la Audiencia Pública.

El actual procedimiento establecido en el Código para la designación de los Jurados y su intervención en la Audiencia Pública es impropio. El Jurado debiera constituirse con un criterio técnico a efecto de hacer participar siempre en los Juicios, de acuerdo con su naturaleza, personas que por su especialidad o profesión estén en condiciones de apreciar la entidad del hecho delictuoso. En cada Jurado sería conveniente la presencia de un médico psiquiatra, de un pedagogo y de una persona disciplinada en estudios sociales.

Para facilitar la integración de los Jurados su sistema de designación por los Tribunales debería ser abolido y dejar al Juez la facultad de integrar en cada caso el Tribunal Popular, con la sola intervención de las partes en cuanto a tachas o recusaciones. Así no sólo se haría una mejor dotación sino que sería más expedito el curso del proceso.

Una última reforma podría intentarse para facilitar el curso de los procesos con intervención del Jurado: suprimir los traslados previos de los expedientes a los miembros del Jurado, los cuales deben ser ilustrados en la debida forma en el curso de las audiencias con la lectura y explicación de las piezas probatorias.

Por este medio se ahorraría un tiempo inútilmente gastado en tales traslados, pues lo común es que los miembros del Juri no den lectura al proceso o que de nada les aproveche esa lectura. Se evitaría también la formación de conceptos previos y de prejuicios, cuyas consecuencias son funestas para la apreciación del problema de la responsabilidad.

En todo caso, como síntesis de los puntos enunciados, la aspiración fundamental en la reforma del Jurado es la de adaptar esta institución a los postulados del Código Penal vigente ya que no es posible ni aconsejable su supresión completa.

EL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Breves notaciones legales y contables.

En los números 64 y 65 de la revista Derecho, importante publicación al servicio del colegio de abogados de Medellín escribe el doctor Libardo López un sesudo estudio, acerca de las sociedades anónimas colombianas, y especialmente se refiere a los artículos 568 del C. de C. y 31 de la ley 58 de 1931. Sienta al respecto el distinguido jurista antioqueño las siguientes conclusiones:

1°. — Que si las acciones definitivas se compran con capital social es claro que este capital se rebaja en tanta cantidad cuanta se tome del fondo para la adquisición de acciones, entendido que la adquisición se haga para la sociedad. Si la compra se hace con una parte de utilidades, no hay entonces disminución del capital, sino, naturalmente, merma de utilidades.

2°. — Que una sociedad no puede comprar promesas de acción de sus socios en forma alguna, porque con este acto se disminuye el capital. Si "un accionista no pagare en las épocas convenidas su cuota o alguna fracción de ella, la sociedad podrá vender de cuenta y riesgo del socio moroso las acciones que le correspondan..." (artículo 570 del C. de C.). Si los estatutos preven otro modo de indemnización, podrá emplearse, para completar el capital. No se venden, según esto, promesas de acción; se venden las acciones que correspondan al socio moroso, y es obvio que las precauciones de los estatutos, así como la dis-

posición legal copiada en parte, se proponen mantener íntegro el capital estipulado.

3°. — Que siendo las acciones definitivas un crédito a cargo de la compañía, la compra de acciones por ésta produce "de derecho" la extinción del crédito por confusión, (artículo 1724 del C. C.). El título correspondiente debe cancelarse o anularse como prueba sin valor de una deuda extinguida.

4°. — La armonía entre el artículo 568 del C. de Comercio que prohíbe la disminución del capital durante la sociedad y el 31 de la ley 58 de 1931 que autoriza la sociedad anónima para adquirir sus propias acciones, resulta de que, conforme a esta última prescripción legal, la adquisición no puede hacerse sino empleando en ella fondos tomados de las utilidades, siempre que tales acciones estén totalmente liberadas". Si los fondos no se toman del capital y si no se adquieren promesas de acción, no hay disminución del capital social.

5°. — Que la compra de acciones definitivas no opera otro fenómeno jurídico que la disminución del divisor y el consiguiente aumento de dividendos durante el ejercicio, y el de cuotas durante la liquidación. Debe tenerse en cuenta que en el período de la liquidación se extingue la diferencia entre utilidades y capital. Las distribuciones se hacen sobre saldos líquidos comunes, en que se confunden los que formaron parte del capital social y las entradas por utilidades pendientes.

De la transcripción anterior se advierte claramente el pensamiento del articulista: el código de comercio y la ley 58 de 1931 prohíben la disminución del capital durante la sociedad. Si ésta adquiere sus propias acciones no hay disminución del capital social cuando se emplea en la adquisición fondos tomados de las utilidades, y siempre que tales acciones estén totalmente liberadas, según la expresión del legislador.

El problema que plantea el doctor López reviste innegable interés debido al gran desarrollo que han tomado en el país las sociedades anónimas y al permanente afán del gobierno nacional encaminado a crear no sólo un estatuto legal acorde con las necesidades de la época sino al mismo tiempo un organismo fiscalizador dotado del personal técnico suficiente para orientar y controlar aquellas entidades.

Acerea del tema que motiva este comentario la Superintendencia

de Sociedades Anónimas dijo en concepto emitido en el mes de febrero de 1940:

"El artículo 31 de la ley 58 de 1931, textualmente dice: "Una sociedad anónima no puede adquirir sus propias acciones sino por voluntad de la Asamblea General, empleando en ello fondos tomados de las utilidades y siempre que tales acciones estén totalmente liberadas".

"Como es fácil advertirlo, por la simple lectura del texto transcrito, tres condiciones exige la ley para la realización de esta clase de operaciones, a saber: a) Acuerdo de la Asamblea; b) Que se empleen fondos tomados de las utilidades, y c) Que las acciones que se van a adquirir estén totalmente liberadas. En consecuencia, para efectuar una operación tal, es necesario ceñirse en todo al mandato de la ley 58 de 1931, porque de otro modo la compra que se verifique, estará afectada de nulidad.

"Además, cuando la ley habla de utilidades, se refiere a las que se deduzcan de acuerdo con el balance que ponga fin al ejercicio social correspondiente; y está bien que ello sea así, ya que de otra manera se podría afectar el capital con la operación proyectada, pues sólo se conoce si hubo en realidad pérdidas o ganancias, cuando se ponga término a la respectiva vigencia económica".

Posteriormente la misma oficina aclaró sus puntos de vista, reformando algunos de ellos, en concepto de marzo de 1941. Allí se dice:

La ley 58 de 1931 en su artículo 31 dice: "Una sociedad anónima no puede adquirir sus propias acciones sino por voluntad de la Asamblea General, empleando en ello fondos tomados de las utilidades y siempre que tales acciones estén totalmente liberadas".

Antes de la vigencia de la ley 58 de 1931 se presentaron en el país muchos casos de adquisición de sus propias acciones por Compañías Anónimas. Para legalizar esas operaciones y acomodarlas a la legislación vigente entonces,—fué preciso hacer largos y delicados estudios jurídicos para llegar a la conclusión, aceptada por esta Superintendencia, a que llegó el Doctor Miguel Moreno Jaramillo en los varios estudios publicados en su obra "Sociedades".

Cuando una compañía adquiere sus propias acciones, éstas quedan automáticamente amortizadas al figurar en cabeza de la persona mo-

ral de la sociedad, porque una sociedad no puede ser accionista de sí misma a causa de que la concurrencia en ella de las calidades de acreedora y deudora opera de derecho el fenómeno jurídico de la confusión, que extingue las acciones de que la sociedad aparece como titular y disminuye el capital social en una cifra igual al monto nominal de las acciones amortizadas.

Cuando se adquieren las acciones a que se viene aludiendo con utilidades liquidadas y libremente disponibles, es preciso que se emplee un método idóneo para que las acciones adquiridas y amortizadas sean canceladas y la cifra del capital se restablezca.

En todo caso el procedimiento que debe seguirse es el de una reforma social por escritura pública, sea que se adopte el indicado por el Doctor Moreno Jaramillo en su obra "Sociedades" que consiste en el aumento del valor nominal de las acciones restantes en una suma igual al monto nominal de las acciones amortizadas; o empleando otro método que consiste en el renacimiento de un número igual de acciones al de las amortizadas, con igual valor nominal y con el carácter de liberadas, acciones que la Compañía debe colocar entre sus accionistas, en seguida.

Con el artículo 31 que se ha citado antes, de la ley 58 de 1931—, ha quedado plenamente autorizada la adquisición de sus propias acciones por una compañía anónima siempre que se cumplan los requisitos del mismo artículo 31, pero como por los principios generales de derecho esta operación implica un cambio grave en la compañía, es preciso que la sociedad cumpla los requisitos de una reforma social adoptando uno de los métodos expuestos".

Se tienen pues dos criterios diversos acerca del problema: el de la superintendencia que estima obligatoria una reforma social en virtud de la cual se estipule un aumento de capital equivalente al número de acciones adquiridas por la compañía, y el doctor Libardo López que piensa que basta con disponer de parte de las utilidades para dar cumplimiento al artículo 31 de la ley 58 de 1931, sin que por este motivo se opere una disminución del capital social.

La enunciación de algunas nociones contables, básicas en toda organización anónima comercial o industrial, puede ser conveniente para definir algunos conceptos esenciales acerca del tema propuesto:

Se organiza una sociedad anónima con un capital autorizado de

\$ 250.000 representado por 2.500 acciones con un valor nominal de \$ 100 cada una; la suscripción y el pago no son simultáneos. En los libros de la compañía aparecen los siguientes registros:

a) Accionistas	150.000	
Suscripción capital-acciones		150.000
Importe de la suscripción de capital conforme al siguiente detalle:		
b) Caja	150.000	
Accionistas		150.000
En virtud del cobro de las suscripciones		
c) Suscripción capital-acciones	150.000	
Capital-acciones		150.000
Para registrar la entrega de títulos		
d) Gastos de constitución	1000	
Caja		1000

Para registrar el desembolso de los originados
Al final de un determinado ejercicio se tiene un capital líquido que se expresa así:

Capital-acciones:		
Autorizado	250.000	
Por emitir o en cartera	100.000	
Emitido y en circulación		150.000
Superávit		65.000
Total capital líquido		215.000

Por capital líquido o también efectivo se entiende la diferencia entre los activos y los pasivos de la sociedad. Tal capital difiere del autorizado, suscrito y pagado, porque si bien se origina en la suscripción y pago de acciones también influyen en su composición una serie de elementos subsidiarios que se causan en la explotación y a veces en la misma financiación.

Por esta razón del desenvolvimiento normal de las transacciones, los haberes de una empresa mercantil fluctúan en cuantía y valor tanto más cuanto que en lo económico el concepto "precio comercial" es

esencialmente relativo, determinado casi siempre por factores tan inestables como lo son el criterio administrativo, la conveniencia, la necesidad o la oportunidad.

Además los haberes sociales pueden tener aumento por beneficios reales obtenidos y no distribuidos, o por valorización de los bienes inmovilizados, como también pueden disminuir por razón de pérdidas ciertas en las operaciones, o por decadencia en el valor de los activos. Y todas estas fluctuaciones se reflejan de inmediato en el capital efectivo.

La parte del capital autorizado o nominal que está suscrito viene a ser el respaldo teórico de los acreedores, cuyos derechos legales no decaen. La ley ha buscado la manera de ofrecerles un respaldo fijo, imponiendo la estabilidad del capital autorizado, el cual no puede reducirse durante la vida de la sociedad; aún más: en previsión de que ese respaldo fijo llegue a degradarse en el curso de la explotación, el legislador colombiano ha hecho obligatoria la creación de un fondo de reserva que las sociedades anónimas deben ir acumulando con el diez por ciento de las utilidades líquidas, fondo de reserva destinado a subsanar cualquier menoscabo que durante la vida de la sociedad pueda sufrir el capital suscrito. Por el contrario, el capital efectivo sobre el cual se concentran los derechos de los accionistas es esencialmente fluctuante, como que de él fluyen los egresos de explotación y a él refluyen los ingresos originados en la distribución de mercancías o productos. (V. D. Gómez, Anónimas Mercantiles, pág. 25).

El propósito de la empresa es el de adquirir acciones propias en los primeros meses del año siguiente, y como de acuerdo con la ley sólo puede hacer esto con utilidades líquidas, antes de distribuir las que aparecen en el balance con un saldo de \$ 65.000 debe constituir la correspondiente reserva para amortización de acciones. Esa reserva se forma con \$ 25.000; lógicamente el saldo de \$ 40.000 restante, saldo crédito en la cuenta superávit, puede ser repartido a los accionistas en forma de dividendos o de cualquier otra manera, según lo disponga la junta directiva.

En el mes de marzo se adquiere un lote de 150 acciones a \$ 120 de acuerdo con la cotización corriente en el mercado de valores. Dicha operación afecta necesariamente las cuentas de capital-acciones y la de caja. Una vez realizado el negocio el capital líquido presente las siguientes modalidades:

Capital-acciones:			
Autorizado	250.000		
Por emitir o en cartera	115.000		
Emitido y en circulación		135.000	
Superávit		37.000	
Reserva para amortización de acciones		25.000	
Total del capital líquido			197.000

La diferencia de \$ 18.000 que se observa en el capital efectivo equivale exactamente al valor del negocio de 150 acciones al precio de \$ 120 cada una.

En el ejemplo se han utilizado fondos de las utilidades líquidas, y sin embargo el capital emitido y en circulación que es al mismo tiempo, de conformidad con el ejemplo, el capital pagado, ha disminuído en \$ 15.000, precio de las 150 acciones de valor nominal de \$ 100, pues la diferencia de \$ 3.000 se ha cargado a superávit. Al respecto dice el profesor norteamericano Roy B. Kester:

“Las modernas leyes sobre sociedades anónimas parecen autorizar con mayor liberalidad que anteriormente la redención de las acciones de capital. Como típica puede citarse la legislación del estado de Delaware, según la cual toda compañía puede adquirir a cualquier precio que no exceda del de redención una parte o la totalidad de las acciones emitidas con cláusula de redención. Sin embargo, cuando las acciones se redimen por un precio mayor del establecido según la definición antedicha, solamente se permite cargar a la cuenta de capital dicho valor, debiendo adeudarse el exceso a la de superávit. Por este precepto se impide el desequilibrio de la cuenta de capital al conservarse el valor establecido de las acciones que continúan en circulación”. (La Sociedad Anónima, tomo 2º., pág. 464).

Si se adoptara el sistema de hacer un cargo directo a superávit, por el valor de las acciones compradas, con el fin de que la cuenta capital-acciones no disminuyese, en ese caso aparecería en los registros de la empresa un capital que realmente no se ha suscrito, pues de conformidad con el respectivo contrato social los accionistas han contribuído con \$ 135.000 y en los libros aparecían \$ 150.000. No hay que olvidar que el capital-acciones, legítima y exactamente expresado, representa la mejor y más eficaz garantía de la sociedad y en especial de los accionistas de la misma.

No quiere decir lo anterior que no existan ocasiones en las cuales se excuse la descapitalización de la anónima. La legislación vigente no lo contempla, a pesar de que la experiencia ha demostrado muchas veces la necesidad de la reforma. En el número 26 del M. F. E., páginas 99 y 100 encuentro los siguientes casos que justifican una modificación de los rígidos sistemas actuales sobre sociedades anónimas, especialmente los que se relacionan directamente con el artículo 568 del C. de C.

Reducción del capital autorizado. Una sociedad con \$ 300.000 de capital autorizado, pagado en su 50 por ciento, trabaja satisfactoriamente dentro de la finalidad que le dió origen; tan satisfactoriamente, que otra empresa de enorme capital inició campaña para ser admitida como accionista. Muchos de los socios primitivos se oponían firmemente al ingreso de accionista en ciernes, y éste, mientras tanto, desplegaba todos recursos correctos e incorrectos de uso en estos casos, para asegurarse mayoría de partidarios en la Asamblea General. Los accionistas reaccionarios al ingreso, propusieron en el momento álgido, la cancelación de la parte no suscrita del capital autorizado, tratando de hacer imposible la entrada del socio indeseable para ellos. La imposibilidad de hacer esto sin disolver la antigua sociedad, alargó las discusiones, y en dos meses pudo la empresa pretendiente, asegurarse por sus métodos una mayoría suficiente para que se aprobara su admisión. Logrado esto, al poco tiempo la empresa desaparecía, fusionándose con la gran compañía anónima, y los accionistas rebeldes hubieron de malvender sus acciones, para evitar mayores pérdidas y librarse de la hospitalidad de los dirigentes de esta última. De haber sido posible reducir el capital autorizado en el momento crítico, los fundadores de la sociedad habrían logrado impedir la absorción de aquél negocio por el otro más poderoso. Desgraciadamente la legislación impidió que se usara tal recurso y fueron ignominiosamente sacrificados.

Reducción del capital suscrito. Supongamos el caso de una empresa que en curso satisfactorio de explotación, sin perspectivas de ensanchamiento, pero que tiene en la cuenta ACCIONISTAS un saldo por cobrar considerable, por razón de instalamentos no cubiertos, que son una "tara" para las acciones en el mercado de valores, pues obstaculizan su negociación; se comprueba por otra parte que la empresa no puede rendir beneficios mayores y que éstos apenas son un interés razonable para el dinero ya invertido. Además la posición anómala del capital, causa la retención de parte de los beneficios repartibles, por la obligación legal de elevar la reserva a un nivel innecesario (tercera

parte del capital suscrito). Se hace de imperiosa necesidad la reducción del capital a un límite que permita aplicar los instalamentos ya cobrados al pago total de un número de acciones inferior en cantidad o en valor al emitido inicialmente. Como se ve, la descapitalización no afectaría intereses de terceros y sus resultados podrían calificarse de neutros; pero tampoco puede llevarse a cabo: lo impide el artículo 568 del Código de Comercio.

Reducción del capital pagado. Los hechos comprueban que el capital pagado de una empresa es excesivo para las necesidades reales de la misma, de lo que resulta la inmovilización de sumas considerables de dinero en las cuentas bancarias. O por abandonar la empresa cierto ramo de sus primitivas actividades que le producía pérdida, vende las instalaciones destinadas a aquella explotación, recibiendo en pago cantidades que los directores no saben como aplicar para que reditúen satisfactoriamente. Puede verse que en este caso como en el anterior, la reserva gravita desfavorablemente sobre la cuantía de los dividendos. Aconsejable y deseable sería desde el punto de vista financiero la descapitalización; pero irrealizable, porque así lo quiso el legislador.

CONCLUSION:

1°. — La adquisición de sus propias acciones hecha por una sociedad anónima implica necesariamente una rebaja del capital, rebaja que debe subsanarse inmediatamente con una reforma estatutaria.

2°. — La reducción se produce indefectiblemente, sea que las acciones liberadas se "comprehen con capital social" como textualmente afirma el doctor Libardo López, o que en esa operación se empleen fondos tomados de las utilidades, según el mandato del artículo 31 de la ley 58 de 1931.

Medellín, junio de 1944.