

En las clases que de Derecho Civil en el año IV dicta el Dr. Juan E. Martínez, por el sistema de conferencias, hemos recogido algunos apuntes que publicamos en seguida. Ellos muestran lo que ya habíamos dicho: la bondad del sistema de conferencias, porque él hace que el alumno ejercite la atención, ratiocine mejor sobre los temas que se estudian en cada disertación, separándose del ejercicio perjudicial que requiere el código.

Entre las muchas ventajas del método de que hablamos está la de que el Derecho se aprende a conocer y a interpretar de una manera más racional y más práctica. En las notas que a continuación se insertan, al tratar la posesión, se la estudia desde los puntos de vista jurídico y filosófico, se enseña su origen, y se la compara con otras legislaciones, efectos éstos del sistema que no pueden obtenerse con el método que hoy se sigue.

La práctica ha demostrado que el método de aprender de memoria y artículo por artículo las lecciones es inconveniente; porque no sólo atrofia sino que impide el libre ratiocinio, fundamento esencial del estudio y norma de toda enseñanza.

Conocer un precepto legal, una disposición cualquiera, sea o no de índole científica, por medio del ratiocinio, es aprender científicamente a estudiar.

Es nuestro intento, al publicar la serie de apuntes que hoy iniciamos, trabajar porque los profesores adopten el sistema de conferencias en las clases que a ello se presten, porque no todas las materias que comprende el p^{er}sum son adaptables.

En las escuelas profesionales de otros países se ha adoptado el método de que hablamos. En muchas de las revistas jurídicas que nos vienen de canje hemos leído apuntaciones sobre importantes temas de derecho tomadas en clase por los estudiantes, quienes hacen justos y merecidos elogios del método que deseamos se implante en nuestra Escuela, como complemento indispensable de una organización eficiente.

Posesión

Apuntes tomados en clase de Derecho Civil, año IV.

I

Consideraciones generales, jurídicas y filosóficas.

En general es realmente difícil la posesión, atendidas sus distintas fases.

Hay en ella nebulosidades respecto a su origen y a su nacimiento a la vida del Derecho.

Se trata de fijar el concepto de la posesión; definir exactamente sus especies; seguir su proceso biológico; determinar sus efectos, esto en los lineamientos generales; y en lo tocante a determinadas particularidades de la materia, trazar el croquis de las acciones posesorias, delimitar las presunciones defensivas, especificar, en armonía con cada caso concreto las consecuencias de la posesión en lo concerniente a la percepción de los frutos, a la indemnización de los gastos necesarios al resarcimiento de las mejoras útiles: todo esto en realidad es trabajo arduo, que se acrecienta cuando, separándose del derecho positivo, penetra el pensamiento en la región de las ideas y estudia la posesión desde un punto de vista filosófico.

En esta materia hay nebulosidad en las doctrinas provenientes de las condiciones en que la institución que nos ocupa pasó a la vida del Derecho. Se muestra la posesión en todas las cosas corporales e incorpóreas que están en el comercio del hombre; es, pues, materia vasta. Según un escritor, la investigación científica en determinadas instituciones de derecho se parece al cruce de un tranquilo río; pero la investigación de la doctrina posesoria es una como exploración en alta mar. Si los mejores juristas, así del mundo romano como del Renacimiento y de nuestros tiempos han incurrido en errores y contradicciones, hay razón para que al estudiar esta materia se proceda con suma cautela.

Mucho se ha discutido sobre la procedencia filológica de la palabra *posesión*.

Etimología.

«El Digesto» dice: «*Possessio* apelata est a sedibus quasi positio.» Y en este sentido dicen las «Siete Partidas» que la posesión «*tanto quier dezir como ponimiento de pies.*» Otros dicen que posesión viene de *posse* que significa poder o facultad.

Origen de la posesión según el «Digesto»

La posesión material o natural fue en los primeros tiempos el signo único de la propiedad. Hay tres épocas: la de la apropiación; la posesión y el derecho de propiedad. La pro-

piedad mueble existió desde el principio en la apropiación de los frutos y de las armas, según Azcárate. En el pueblo indio la posesión se manifestó en forma de comunidad hasta que llegó a la forma individual. En el «Código de Manú» (leyes indias) hay algunos textos en los cuales se sugiere ya la posesión como base de la prescripción, excepto en la prenda, el depósito y el comodato. Cuando un propietario veía usar del deudor durante diez años la cosa de que aquél era dueño, ya no le pertenecía y no debía recuperarla jamás.

En Atenas tenía mucha importancia la propiedad mueble, y así se ven muchos convenios, como la venta, donación, etc., garantizados por interdictos posesorios. La venta de los bienes inmuebles se verificaba ante los Magistrados, entregándose las cosas y el precio. Se concedía una acción pública contra el despojo de los muebles, para impedir la justicia privada, acción que después se extendió a los inmuebles.

En Roma existían dos clases de tierras: *el ager publicus* y *el ager privatus*. Respecto del primero se concedía al individuo la tenencia y el usufructo, conservando el Estado la propiedad eminente. En torno de este *ager* se desarrollaron grandes conflictos y muchos inconvenientes entre patricios y plebeyos, porque los patricios retuvieron la mayor parte del *ager publicus*, pero los romanos los consideraron como meros tenedores. Prevalidos los patricios del largo tiempo por el que habían poseído esas tierras, sostenidas con esclavos, trataron de retenerlas. El Derecho romano trató también de proteger a los poseedores, y de aquí vinieron los interdictos posesorios, y más tarde el Pretor romano consagró la institución en el Edicto, y de aquí nacieron los interdictos pretorios. Más tarde se extendió a los que poseían el *ager privatibus* y entonces los que tenían ese *ager* hicieron uso de los remedios posesorios, dejando intacta la cuestión de la propiedad.

La posesión se presentó en Roma con un carácter materialista que fue espiritualizado por el progreso y la civilización de ese pueblo. El modo de adquirir la posesión exigía la aprehensión material de la cosa, pero después se completó con la tradición (*longa-manu*).

La jurisprudencia antigua negando a las personas jurídicas el derecho de poseer, reconoció los medios simbólicos que no podían coger materialmente la cosa. Luego se convino en que sí podía adquirirse la posesión por medio de representantes.

II

Geweres

Poseción, según el antiguo Derecho germánico

En los tiempos medios desempeñó la posesión germánica un papel análogo a la posesión en el Derecho romano,

y significaba el poder de hecho que ejercía sobre la cosa y los derechos que de ella emanaban. Al principio sólo tuvo lugar tratándose de fincas territoriales; luego se adoptó por investidura, y la relación así nacida con la cosa se llamó «Gewere». Luego se notó que la investidura por sí sola no garantizaba el derecho y que debía pensarse en una posesión alcanzada de tal suerte que la cosa pudiera pertenecer en propiedad a quien no tuviera la investidura de ella, y al contrario. De aquí nació, en la Edad Media, la concepción de la «Gewere», como aquello que está asegurado por el Derecho, o como una cosa que está protegida por una persona. En fin, lo que está protegido por el Derecho o que requiere la protección jurídica.

El locatario o arrendatario, el prestario y el acreedor prendario tenían «gewere» o sea la posesión de sus derechos, y podían existir varios «geweres» sobre una misma cosa, como la del propietario al lado del acreedor hipotecario. Con la Edad Media decayó la legislación de los romanos y prevaleció el Derecho germánico.

En el Renacimiento volvió a florecer el Derecho romano y se estudió la posesión tal como la traía ese derecho.

En 1803 apareció la clásica obra de Savigny sobre la posesión en el Derecho romano, estudio crítico que produjo un movimiento intelectual extraordinario y abundó la literatura en la posesión. Con el desenvolvimiento de la literatura posesoria coincidió el desarrollo de la tendencia codificadora. El primer código civil, que fue el napoleónico, trató la posesión superficialmente, incluyéndola en la prescripción, a pesar de la oposición de Photier en el Consejo de Estado, quien reclamó un título especial para la posesión. Hoy casi todos los códigos del mundo desarrollan la posesión considerándola como un verdadero derecho real. (Los códigos austriaco, servio y de Viena). Otros códigos la estudian en títulos separados, aunque sin declarar su naturaleza jurídica. Tales códigos, como los de Italia, Portugal, España, Guatemala, Méjico, Chile y Colombia.

Las principales diferencias entre la doctrina romana y la de los códigos modernos son:

1^º En Derecho romano sólo se reputaban susceptibles de posesión la propiedad y los «jura in re», (derechos reales) y el moderno la extiende a todos los derechos;

2^º El Derecho romano sólo amparaba con sus interdictos la posesión jurídica, en tanto que los modernos protegen la mera tenencia;

3^º Los códigos actuales han introducido la equivalencia en cosas muebles del hecho de posesión al título, y en la de los romanos no existía tal equivalencia.

Poseción, según el Derecho español antiguo

En cuanto a la legislación española, importantísima desde todo punto de vista, el «Fuero Juzgo» sienta prin-

cipios que si no constituyen un verdadero cuerpo de doctrina, revelan que la tenencia de las cosas surtía el efecto de crear por el transeurso del tiempo un estado de dominio protegido por la ley. El «Fuero» encerró la prescripción en términos de 30 y de 50 años (como los 10 y los 30 nuestros), y expone su concepto así:

«Muchas veces la cosa que es de un ome ganala otro por la tener largo tiempo.»

En las «Siete Partidas» se encuentra la posesión tratada con separación de la propiedad. La posesión es definida en sentido general como «ponimiento de pies», y en su concepto científico como *tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo o del entendimiento*, definición en que se convinan elementos materiales, psicológicos y jurídicos.

Las Partidas dividen la posesión en natural y civil. Dicen cómo se adquiere la posesión, [por uno mismo o por otra persona a nombre de uno]; cómo la adquieren los menores y los incapacitados por conducto de sus representantes; cómo sigue disfrutándose en el mismo concepto en que se adquirió; cómo se pierde, y las diferentes maneras de perderla; quiénes son poseedores de buena y de mala fe; cuáles son las reglas para percibir los frutos de la cosa poseída y para el resarcimiento de las expensas y mejoras. Prohíben la justicia privada y establecen las acciones posesorias.

La Ley 1^a, Título 3^o, de la Partida 3^a, dice:

«Posesión tanto quier dezir como ponimiento de pies. Et según dixerón los sabios antiguos, possession es tenencia derecha que ome ha en las cosas que no son corporales con ayuda del cuerpo o del entendimiento. Ca las cosas que no son corporales assí como las servidumbres que han las vnas heredades en las otras e los lerechos porque demanda un ome sus debdas e las otras cosas que no son corporales semejantes destas, propriamente non se pueden poseeder, nin tener corporalmente; mas vsando dellas aquel a quien pertenece el vso e consintiéndolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de possession».

En la Novísima Recopilación, Título 8^o, Libro 2^o, que trata de las prescripciones y el XXXIV del mismo Libro sobre *juicios de despojo y su restitución*. Aquí se bosqueja la doctrina de los interdictos y se sienta el principio de que «ninguno sea despojado de su posesión sin ser antes oído y vencido en juicio.»

III

Problemas científicos.

Dos problemas científicos se presentan en la posesión.

1^o Qué es la posesión?

2^o Por qué se protege?

Qué es la posesión?

Primer problema:

Cuando se expresa que se posee una cosa, no sólo se da a entender que se tiene, sino que sobre ella se pueden ejercer actos de dominio. En el fondo de toda relación posesoria se encuentra un elemento sustancial común. Cuando se dice *posesión* se significa la subordinación de una cosa a nuestra voluntad, y en este concepto la posesión no es más que un estado de hecho que subsiste por sí mismo o representa la exteriorización de ciertas situaciones jurídicas.

Cuál es, pues, ese elemento sustancial común?

Algunos autores opinan que él consiste en la tenencia, otros que en la ocupación, y otros que en el goce. Parece más exacto que consista en el poder sobre la cosa, pues de allí emana la tenencia, el goce, etc.

No es lo mismo tenencia que posesión. Aquélla, aun la que se pudiera llamar jurídica, a diferencia de la natural y física, como la del acreedor prendario o del comodatario, se caracteriza por carecer de los requisitos que conducen a la prescripción. El tenedor de un predio, por ejemplo, no puede lograr el dominio sobre él en circunstancias normales, a no ser por la prescripción extraordinaria, en la cual el tiempo se encarga de purgar los vicios iniciales. Los tenedores jurídicos—si así puede decirse—tampoco pueden alcanzar el dominio por la prescripción. Ihering, en su obra «*La Voluntad y la Posesión*», hace distinciones entre ésta y la tenencia.

El mismo criterio profesan los códigos de Chile y de Colombia, al decir el último en su artículo 775 que «*Mera tenencia* se llama la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.»

El factor que distingue la posesión de la tenencia es psicológico; está en el convencimiento del poseedor ser dueño de la cosa. «Animo de señor o dueño», dice el artículo que define la posesión.

Los casos de tenencia se manifiestan en la vida del Derecho con caracteres perceptibles desde luego, mientras que la posesión se manifiesta externamente, identificada con el dominio.

Siendo la posesión algo como el dominio imperfecto, para que la imperfección resalte es menester que surja la contradicción. Si la contradicción no aparece, el tiempo saneará la imperfección; pero si tal contradicción se presenta, saldrá a luz el estado posesorio que había permanecido oculto bajo la vestidura del dominio.

Se ha debatido mucho la cuestión de si la posesión es un

derecho o un hecho. Sobre tal cuestión discrepaban los juriscultos romanos. Paulo decía: «*Possessio est rei facti, non juris*». Y Papiniano: «*non est corporis sed juris*.»

En la Edad Media los abogados no anduvieron más acordes: se explica así porque la materia de sus glosas era sacada de textos romanos.

En la Universidad de Salamanca se sostenía en el siglo XVII que la posesión es un hecho, por su esencia y sustancia.

Para Savigny la posesión es a la vez un hecho y un derecho: Es un hecho, en cuanto no se funda sino en la relación puramente del hecho, [detentación]; y es un derecho, cuando hay derechos combinados con la sola existencia de esta relación puramente de hecho.

Para otros expositores la posesión es un derecho y no un hecho, y aún se ha llegado a discutir si ese derecho es real o personal.

Entre los que opinan que la posesión es un derecho está el filósofo Grosio, y los franceses Marcadé y Demolombe.

Pothier, siguiendo la opinión de Savigny, dice:

«La posesión es más un hecho que un derecho en la cosa que se posee. Un usurpador tiene en verdad la posesión de la cosa de que se apodera se ilegítimamente, y sin embargo es llano que no tiene ningún derecho a dicha cosa. Pero aun que la posesión sea más un hecho que un derecho, nadie ignora que ella confiere al poseedor ciertos derechos y acciones con relación a la cosa que posee. Estos derechos resultan de una presunción establecida en favor del poseedor, en virtud de la cual se le reputa propietario mientras su posesión no sea contradicha por quien justifique su legítimo dominio sobre la cosa.»

Prisco, en su «Filosofía del Derecho», explica así el mismo pensamiento:

«Sin embargo de que la posesión sea un hecho, puede producir consecuencias jurídicas en cuanto es el *efecto* de un derecho, o *causa* de derechos. Cuando la posesión dimana de un derecho se llama *jus possidendi*; y es el derecho de obtener la posesión, que corresponde propiamente al propietario. Cuando la posesión es causa de derechos se llama «*jus possessionis*». En el primer caso, se pide la posesión porque se tiene derecho a ella; en el segundo caso se tienen derechos porque se posee.»

IV

Por qué se protege la posesión.

Segundo problema:

Nadie muestra curiosidad por saber por qué se protege la propiedad, al paso que al tratarse de protegerse la posesión hay disparidad de opiniones.

Para dar una explicación en el asunto, decimos que hay teorías relativas y teorías absolutas; las primeras buscan el fundamento, no en la posesión, si no en preceptos y conside-

raciones extraños a ellas. Las segundas estudian la posesión en sí y por sí misma.

Entre las teorías relativas se encuentra la teoría de Savigny, quien afirmó que la usucapión es un hecho con dos efectos jurídicos: la prescripción y los interdictos.

«No constituyendo por sí misma la posesión un derecho, razona Savigny, no son en rigor las alteraciones que experimenta un derecho, sino que a la vez que se atenta contra la posesión se atenta contra el derecho. Cuando las alteraciones de la propiedad se hacen con violencia, constituyen la lesión de un derecho, y de aquí que los interdictos posesorios se encaminen a reparar esa violencia.

El que tiene la posesión de una cosa puede exigir que no ejerzan violencia sobre ella; y si alguno contraviene a esta prohibición, puede el poseedor reclamar, basándose en los interdictos.»

La teoría de Savigny ha sido muy objetada, porque según ella parece que los interdictos fueran inútiles.

Otra teoría de las relativas es la de Thibaut: Para él la posesión es el ejercicio de un derecho como un modo especial del estado de hecho: que nadie puede vencer a otro si no tiene motivos preponderantes en qué fundar su derecho. Un estado de hecho adquiere la más alta importancia y prevalece, en tanto que no haya otro individuo que demuestre otro estado mejor.

Hay, pues, un estado de hecho que encarna en el ejercicio de un derecho; cuando la colisión se produce, se superpone la superioridad del derecho más eminente.

Arguyen algunos contra esta teoría que si la posesión es un estado de hecho por qué es preciso un derecho preeminente para hacerla cesar?

Roeder ve el fundamento de la protección a la posesión en el derecho de la personalidad humana, el cual obliga a reputar intachable la conducta de todo poseedor mientras no se pruebe lo contrario. «Todo hombre se presume bueno, mientras no se pruebe lo contrario.» A esto se objeta que si la persona es intachable el tenedor no lo es menos que el poseedor y éste que el no poseedor.

Entre las teorías absolutas se encuentra la de la voluntad: en la posesión intervienen dos elementos: el físico y el moral: el primero no aporta ningún elemento para la protección de la propiedad; mas con el segundo no sucede lo mismo.

La voluntad, aunque no constituya ningún derecho y exista de hecho acaso en contradicción con el derecho, debe ser protegida en relación con su naturaleza general.

La coacción y la violencia ejercitadas contra la voluntad son injusticias contra las cuales ha de ser protegida la voluntad.

La posesión no es un derecho como la propiedad: es un hecho que se protege contra la violencia por ser una ma-

nifestación positiva de la voluntad, y en consideración a los derechos de esta última.

Se critica esta opinión diciendo que la voluntad sin el apoyo jurídico no encierra en sí tanta fuerza que determine una protección.

Por último, viene la opinión de Ihering, que coloca la posesión en relación con la propiedad. «La protección de la posesión como exteriorización de la propiedad es un complemento necesario de la protección de la propiedad; es la facilitación de la prueba en beneficio del propietario, la cual facilitación de la prueba aprovecha también al no propietario.»

Si el Derecho romano concedía al propietario la acción de la «Ley Aquilia,» la *condictio furtiva* le facilitaba la prueba, contentándose con la demostración del estado de hecho, señal externa de la propiedad; es decir, con la posesión. Esta prueba facilitada es la que actúa sobre todo en las acciones posesorias, en las cuales en tesis general no se dilucida la cuestión de la propiedad.

En la posesión, según pensamiento de Ihering, no se libra batalla decisiva por la propiedad sino un combate de avanzadas para el cual no se necesita de la artillería gruesa porque es suficiente el arma blanca.

La protección posesoria ha sido introducida teniendo en cuenta la propiedad, mas es imposible conceder tal protección al propietario sin que los no propietarios gocen a veces de sus beneficios. Si la prueba de la propiedad se ciñe a la demostración de su exterioridad, esta facilidad cede en ventaja de todo individuo que esté en condiciones de prevalerse de tal elemento. La posesión adquiere de esta manera, frente a frente de la propiedad, importancia tal, que lejos de servir exclusivamente a la propiedad puede también volverse contra ella. El mismo servicio que la posesión presta al propietario que posee para ampararlo contra el ataque de extraños, le presta al no propietario que posee.

En la inteligencia exacta de esta relación estriba el punto saliente de la doctrina de la posesión, por lo cual Ihering concluye así.

«Llamar a la posesión en las cosas la exterioridad o visibilidad de la propiedad, es resumir en una frase toda la teoría de la posesión.»

Finalmente, hay autores que creen que el fin de la protección posesoria es el de estimular la lucha constante por la tierra, fomentando el trabajo y formando así una verdadera selección de propietarios.

Oposiciones.

Párrafos de un alegato presentado al Tribunal Superior, en los cuales se sostiene esta tesis: En el caso de denuncia de excesos, no cabe oposición por parte del dueño de la mina principal sino en el acto mismo de la mensura de aquéllos, al ir a entregarse al denunciante.

Yo sostengo que, cuando se trata de excesos, no cabe oposición por parte del dueño de la mina principal sino en el acto mismo de la mensura de aquéllos, en el momento en que va a hacerse la entrega al denunciante.

Me fundo para ello, ante todo, en el artículo 35 de la ley 292 de 1.875; sustitutivo del 376 del Código de Minas. Yo pienso que la sustitución no tuvo otra mira que la de abrir el campo de las oposiciones al dueño de la mina principal, campo que el Código había cerrado, sin intención pero indebidamente, al decir que «se entregará el exceso que resulte... sin oírse oposición alguna, si no es por parte de los dueños de minas colindantes». Como puede verse, antes de dictarse la ley 292 citada no podía oponerse el dueño de la mina al ir a entregarse los excesos, omisión injustificable e indebida. Si el dueño de la mina principal podía oponerse antes del acto de mensura de los excesos, no se explica uno qué objeto práctico se propuso la ley 292 de 1875 al estampar la reforma que al artículo 376 del Código hace el 35 de ella; pero esa reforma se explica fácilmente y se hace razonable y fundada con la tesis que vengo defendiendo. Como se vio que, en el caso de denuncia de excesos, no cabían las reglas generales sobre oposiciones, y que por esta razón el dueño de la mina principal quedaba sin derecho a introducirlas, porque el Código daba tan sólo a los poseedores de minerales colindantes la facultad de oponerse en el acto de la medida, el legislador antioqueño del 75 llenó el inmotivado vacío dejado por el mismo legislador del 67.

Apoyo también esta teoría jurídica en otra consideración, que para mí es de mucho peso: como, en el caso de denuncia de excesos, no se fija cartel [artículos 8º de la ley 292 de 1875, 48, 49, 50, 51, 372 y 373 del Código de Minas], no se sabe dentro de qué término puede hacerse hábilmente oposición, siendo, como es, el día en que debe desfilarse el cartel el que indica si la oposición fue o no fue introducida oportunamente [artículo 59 del Código]. En otras palabras y viniendo al caso concreto que nos ocupa, ocurre preguntar: ¿Cómo puede saberse si la oposición hecha por el señor N. N., diciéndose socio de la mina, fue o no fue introducida oportunamente? Imposible saberlo, porque, como ya se expresó, el día en que debe desfilarse el cartel es el que demuestra si la oposición se hizo en tiempo hábil. En este mismo orden de razonamiento, se tropieza con otra difícil-

tad legal semejante: ya se vio que en estos casos no se fija cartel en la Alcaldía; entonces, ¿en qué oportunidad debe formalizar el opositor su oposición? En el caso que se estudia, ¿qué término tenía o tiene el señor N. N. para formalizar su oposición? No ha de ser el señalado por el artículo 63, porque, como se ha dicho, no se fija cartel; y si no es ese, ¿cuál es entonces? Pero se arguye con el artículo 36 de la citada ley 292, que a la oposición hecha por el poseedor de la mina cuyos excesos se denuncian, le son aplicables las disposiciones del capítulo 6º y sus concordantes del Código de Minas. La forma de reproducción, que yo juzgo peligrosa e injurídica, es empleada con exceso en nuestra legislación minera; de ese sistema han surgido graves dificultades en la práctica, no sólo en los procedimientos judiciales sino también en los administrativos, y ha tenido que llegarse muchas veces a desechar mandatos expresos de disposiciones que producen otras, por no ser éstas en manera alguna aplicables a la materia en que se declaran incorporadas, por pugnar con la esencia de determinados procedimientos adjetivos, o por conducir a absurdos jurídicos.

En el negocio que se estudia se ven claramente los defectos de ese sistema y se comprende que la disposición que manda aplicar otras a determinada materia no puede obedecerse sino con reticencias, distingos y atenuaciones. En efecto: si el artículo 36 de la ley 292 de 1875, que ordena aplicar las disposiciones del capítulo 6º del Código a la oposición hecha por el poseedor de la mina cuyo exceso se denuncia, hubiera de obedecerse estrictamente, sin salvedades de ninguna clase, se llegaría al absurdo de que, preceptos como los de los artículos 59, 60, 65 y 66 del Código, debían aplicarse a la oposición por denuncia de excesos, a pesar de ser imposible su aplicación en ese caso. Cuando la ley 292 manda aplicar a la oposición en el caso especial de que se trata las disposiciones del capítulo 6º del Código, no puede referirse sino a aquellas que sean adecuadas, acomodables a la naturaleza y esencia del procedimiento especial para el denuncia de excesos. Así, por ejemplo, son aplicables a éste los artículos 16 de la ley 292 de 1875—sustitutivo del 62 del Código—64, 67, 68 y 69 de éste.

Finalmente, y es esta una razón más en pro de la tesis que sustento, ocurre observar: el único caso de denuncia de excesos que hoy existe, puesto que el artículo 369 del Código está virtualmente derogado [artículos 17 a 21, inclusive, del Código, y 54 de la Ley 292 de 1875], es el de que trata el artículo 371, esto es, cuando el exceso es imputable a error en la medida o en el cálculo hecho por el interesado al pagar el impuesto sobre la mina. La única manera de evidenciar ese error es midiendo la mina; antes no puede saberse a punto fijo si existen los excedentes. De modo que lo cuerdo y lo lógico es no admitir, ni mucho menos sustanciar oposiciones, antes de la mensura, porque ello equivaldría a abrir

un juicio sobre una cosa que no se sabe siquiera si existe. ¿Con qué objeto se opone, antes del acto de la medida, el dueño de la mina principal, cuando ni siquiera se sabe si, efectivamente, existen los excesos? Y ¿cómo y sobre qué bases podría tramitarse el juicio a que diera lugar la oposición antes de practicar la mensura?

En el caso preciso de mi cliente, ¿qué demanda estable y firme podría formularse antes de que peritos practicasen esa mensura? Sin haberse efectuado ésta, ¿sobre qué puntos concretos va a rodar el litigio que nació de la extemporánea oposición del señor N. N.?

Medellín, Julio 25 de 1919.

Fernando Isaza.

Ley 33 de 1918.

Viendo el Legislador de poner un freno a los delitos contra la propiedad y queriendo emplear para su logro un medio acreditado de alguna eficacia, creó la Ley 54 de 1913, y en el artículo 4º de esta estampó la regla siguiente.

«Constituye indicio vehemente de que un individuo sospechoso o de mala conducta anterior es autor del delito de hurto o robo el hecho de encontrarse en su poder la cosa hurtada o robada si no se explica satisfactoriamente el modo de adquisición legítima y no comprueba los hechos en que funda tal explicación y siempre que por otra parte esté plenamente comprobado el cuerpo del delito, conforme a las leyes.»

Este principio escrito, que es por demás exagerado, fue sustituido por otro consignado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1918, el cual echa por tierra la presunción de inocencia que debe informar todo debate judicial, va contra preceptos de derecho bien triviales, y se pone en pugna con la misma Constitución de la República.

Un indicio vehemente, es decir una parte respetable de la prueba que es preciso tener de frente para renunciar un fallo condenatorio, constituía en la Ley 54 el hecho de hallarse en poder de un individuo de mala conducta anterior el objeto hurtado o robado, y en la 33 aquel hecho pasó a la categoría de presunción; lo que vale tanto como decir que perdió su carácter de elemento probatorio para constituirse en plena prueba; en la convicción por excelencia de la culpabilidad del acusado.

El indicio establecido en la primera Ley, es claro que debía descansar sobre hechos suficientemente comprobados (Art. 1708 del C. J.), y entre esos hechos, la mala conducta anterior desempeñaba papel principalísimo, ya que allí se