

No es imposible, por el contrario, como lo indicaba anteriormente,—y en esta parte los estudios modernos del derecho penal tendrán, a no dudarlo, resultados saludables,—que las observaciones directas hechas por los antropólogos sobre las personas de los delincuentes sirvan para conocer con mayor exactitud el grado de libertad con que el individuo procede en muchos de sus actos y para determinar varios o muchos de los factores que entran en el progreso psíquico del crimen y en general del acto humano; y en este sentido, aquellos estudios pueden ser aprovechados grandemente por quienes se interesan con nobleza de espíritu por esta clase de investigaciones; pero el fondo mismo del problema moral y social tiene que recibir soluciones no sólo distintas, sino opuestas dentro de esas dos grandes escuelas, la que proclama y la que niega la libertad natural del hombre.

El progreso del hombre sobre la tierra está sujeto a constantes vaivenes. Avanza un día y retrocede otro; vislumbra la verdad envuelta muchas veces en errores; y a veces también esos errores lo conducen, por caminos desconocidos, a la posesión de la verdad. Si Colón enderezó la proa, en hora de misterio, en busca de los pueblos orientales del Asia, la Providencia le reservaba en mitad del camino una tierra de promisión no dibujada siquiera en su mente soberana.

Así también, de todos aquellos estudios dilatados y profundos, no hay por qué negarlo, con que el siglo XIX enriqueció las investigaciones científicas y que tenían como base la transformación sucesiva de la materia, la transmutación de las especies, la evolución en todo su rigor, al fin y a la postre pueden resultar, como lo pensó Brunetiére, verdades no sólo desconocidas sino opuestas a la primitiva intención de aquellos autores. Y concretándonos a la materia de este opaco discurso, bien podemos esperar también, y así empieza ya a cumplirse (1), que sean las mismas observaciones directas verificadas sobre los hombres calificados de anormales, las que vengan a poner en evidencia una vez más y dentro del mismo campo de la experimentación, la gran verdad del libre albedrío, centro y piedra de toque de todas las ideas morales.

Negando el libre albedrío, negando lo espiritualidad del alma, negando el principio de la responsabilidad moral, se ha querido (y eso es lo que hay en el fondo de todas estas controversias) minar y destruir el edificio cristiano. Se ha negado a Dios, como autor y conservador del hombre; se le ha negado en la obra admirable de la creación del universo visible, y en otra obra, más admirable aún, la de la creación y redención del alma humana; se ha pretendido que la Ciencia, hija del Cielo, se levante osada contra su Señor: ¿pero qué son esos esfuerzos de los sabios de un día, iguales a la flor del campo, que hoy es y mañana no parece, ante la Verdad Eterna; qué la pobre inteligencia del hombre que niega a Dios ante la inmensidad y majestad del

(1) Véase acerca de esto la citada obra de Farges, en el capítulo titulado *La liberté et les sciences modernes*.

que es causa y fin de sí mismo y vive en sí mismo por eternidades de gloria?

Vosotros, señores Académicos, a cuyo ilustrado criterio someto estas observaciones como homenaje de adhesión y gratitud, recibidlas con benevolencia, y aceptad los votos sinceros que formulo por la prosperidad de vuestro Instituto. Representáis vosotros, dentro del campo de los estudios morales y jurídicos, una gran fuerza en Colombia; poned siempre esa fuerza en defensa del Bien y de la Verdad. Como legisladores y magistrados, como miembros del foro y conductores de la juventud estudiosa, haced que vuestros esfuerzos desinteresados y nobles tiendan siempre al mantenimiento de aquellas ideas puras, elevadas y refulgentes que constituyen la mejor dote del espíritu y el valor verdadero de los pueblos. Merced al culto perenne de los grandes ideales, Colombia, aun a través de vicisitudes y pruebas, ha sabido conservar, entre las Naciones del Continente, un puesto señalado de honor y dignidad; vosotros, ministros del Derecho y sacerdotes de la Justicia, acrecentad los timbres augustos de la heredad amada, haciendo brillar más cada día la fuerza moral y el prestigio intelectual de la patria colombiana.

Concepción de la fuerza mayor o caso fortuito en el derecho civil colombiano

Continuación.

El Art. de la Ley 95 antes citado, define la fuerza mayor o caso fortuito «el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»

En el presente caso si es aplicable la teoría de la inevitabilidad, la cual se ha enunciado al principio de este estudio como consecuencia lógica deducida por los que sostienen que fuerza mayor y caso fortuito son conceptos sinónimos. Según ella, la inevitabilidad del accidente debe constituir el criterio distintivo entre los casos de fuerza mayor de los que no lo sean, ya que es claro que hay accidentes evitables e inevitables. Pero, no creo que dicho carácter deba considerarse como estrictamente absoluto u objetivo para poder hacer una distinción entre los accidentes evitables e inevitables, pues no hay nada, considerado en sí mismo, inevitable e irresistible. Así, la destrucción de un cargamento de mercancías por una inundación se podía evitar, si dichas mercancías estuvieran guardadas en una bodega de cemento armado, construida con todos los requisitos imaginados.

De donde se deduce que lo inevitable de un accidente es algo esencialmente relativo y que para que existiera tendría que aplicarse un criterio subjetivo, es decir, que para buscar ese signo característico de la fuerza mayor es necesario establecer una relación entre los hechos mismos y las precauciones tomadas

por las personas obligadas a indemnizar los perjuicios ocasionados por los daños.

Parece que nuestro Legislador al hacer la enumeración comprendida en el Art. 1º de la Ley 95 de 1890, tuvo como norma la inevitabilidad del accidente en un sentido objetivo, pero dejó amplio campo para clasificar los casos que se puedan presentar, fuera de los enunciados, seguro de no poder hallar un límite completamente racional en el que deba concluir la clasificación, pues dentro de ésta se presentan serias dificultades.

De qué criterio se haría uso en el caso de que un accidente fuera evitable por una persona y por otra nó? Para calificar el caso fortuito se buscará la mayor diligencia del que en igualdad de circunstancias pudo evitarlo?

Un ejemplo aclarará mi duda: Pedro y Juan dan a Diego y Luis, 100 fardos de mercancías entre ambos, el primero tiene en su depósito pararrayos y el segundo nó, caen sendos rayos, el de Diego no se incendia por la protección que tiene, el segundo sí, por carecer de ella. Será Luis responsable de los cien fardos de mercancías por no haber tenido la diligencia de Diego?

Creo que no es responsable.

Sería verdaderamente injusto que para hacer la calificación de un accidente, el Juez buscara la mayor diligencia, el sumo cuidado de que puede hacer uso una persona, para decidir si es responsable. La ley obliga a entregar al deudor la cosa en el tiempo convenido y obra con perfecta lógica, pero sería censurable obligar a todos los depositarios o guardadores a la adquisición de pararrayos para sus depósitos, so pena de hacerlos responsables de los daños que los rayos puedan ocasionar.

Dudas como la anterior se presentan a cada momento y al fin no queda más remedio que la individualización del criterio, diciendo con Exner: «Un hecho, será «vis maior» si, según las condiciones del caso real individualizado, fue inevitable e irresistible para aquel a quien le ocurrió».

Sin comentarios, copio a continuación lo que es para los alemanes un hecho natural ¿Qué es para nuestro modo de pensar actual, *disciplinado* por las ciencias naturales un 'act of God', un fenómeno natural? Nada, debemos contestar nosotros, y todo, exceptuando quizá la obra directamente humana».

«Para los antiguos, el rayo era considerado como el tipo de la «vis maior»; nosotros lo hemos domado y lo hacemos trabajar en beneficio nuestro como si fuese un animal doméstico».

Es de advertir que existe una misma analogía entre los ejemplos que de fuerza mayor da el Art. 1. tantas veces citado, con aquellos que he citado en las primeras páginas de este estudio. Un naufragio, un terremoto son la *vis divina*, los hechos causados por los elementos, etc., de que tanto nos hablan los romanos; así como el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público son también los hechos humanos de que habla Donell. En el mismo caso estarán, sin duda, los más que se puedan presentar.

La demencia, será considerada como caso fortuito en el siguiente ejemplo? Pedro recibe una cantidad determinada de oro para transportarla a Bogotá, en el trayecto sufre un ataque de

locura inesperado y pierde el oro. Se podrá hacer responsable al que entregó el oro, de su pérdida? En mi concepto, nó; la locura ha sido algo imprevisto e inevitable, caracteres más que suficientes para constituir el caso fortuito o fuerza mayor.

La responsabilidad se haría efectiva, si los interesados en la pérdida comprobaran que el remitente del oro, tenía conocimiento de la falta de razón de Pedro o de que había sufrido ataque de locura en otro tiempo.

Estudiando las disposiciones de nuestra Legislación, se ve que en ellas impera, casi de una manera general la no responsabilidad y que para determinarla se hace uso de un criterio objetivo-subjetivo, pero en la mayoría de los casos de este último. Nada más corriente que establecer con prudencia un balance entre los hechos y los medios empleados para resistirlos, teniendo en cuenta la capacidad del agente. Considerar el caso con absoluta prescindencia de éste, es injurídico. Sin embargo, el hecho puede ser tal, que resulte innecesario el balance, es decir que resalte la irresistibilidad e inevitabilidad.

Es principio absoluto que la pérdida de una cosa que no es objeto de obligación, tiene que ser para su dueño, porque no es justo que una persona distinta de ésta vaya a sufrirla. Esta doctrina está aceptada por todas las legislaciones y desde los romanos se sintetizó en la regla: «res perit domino» comprendida en el Art. 1827 del C. C. C.

Pero, cuándo una cosa que se debe perece por caso fortuito, quién soporta la pérdida: el acreedor o el deudor?

El Art. 1604 resuelve el asunto de una manera general, es decir, refiriéndose a toda clase de deudores y el Art. 1607 sólo a aquellos que se han comprometido por una obligación de dar.

El inciso 2. del Art. 1604 dice: «El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiera sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa».

Este inciso establece como regla general el principio: «res perit creditore». Así, si doy en arriendo, comodato o depósito una cosa y perece por caso fortuito, la pérdida recae sobre mí, salvo casos especiales, porque a la vez que soy arrendador, comodante o depositante llego a ser acreedor. No es otra cosa que el «res perit domino».

El fundamento de aquel principio es muy claro: El acreedor que prefiere el aumento de una cosa, debe también, por reciprocidad, soportar la disminución o la pérdida de la misma.

Dicha regla tiene dos excepciones:

PRIMERA. Que la cosa perezca durante la mora del deudor y éste lo estaría, en la obligación a plazo de pleno derecho, con la salvedad establecida en la misma ley; o «cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla», como en el siguiente ejemplo que trae el doctor Vélez: «Si una persona se compromete, a entregar ciertas semillas—obligación de dar—o a

sembrarlas—obligación de hacer—para determinada cosecha, aunque no se fije plazo para cumplir una de las obligaciones, como deben ejecutarse dentro de cierto tiempo—el indispensable para tener la cosecha de que se trate—transcurrido sin que se hayan suministrado las semillas o se les haya sembrado, el deudor queda de hecho constituido en mora; o cuando el deudor ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor, por medio de Juez competente, a que cumpla la obligación. (Art. 1608).

Nada más justificado que esta excepción, porque siendo la mora una falta, es razonable que la ley castigue de modo severo al que no sabe cumplir sus obligaciones, haciéndolo responsable de los casos fortuitos.

La excepción a la excepción de que vengo tratando, no es sino un semillero de pleitos y de dificultades para un Juez, que en el caso concreto se vería colocado en serias dudas para fallar si estando el deudor en mora, la cosa hubiera perecido en poder del acreedor igualmente, aún por caso fortuito.

Tendría que hacer uso de un criterio objetivo tal como se ha enunciado y dejar la individualización del accidente.

SEGUNDA. En esta segunda excepción la ley impone una pena a aquellos que no cuidan de la cosa debida con la diligencia que les incumbe, según la regla de las culpas.

Siendo aplicable la regla general establecida en el inciso 2. del Art. 1604 a varios contratos importantes, se estudiarán por separado las disposiciones que mencionan el caso fortuito.

Según el Art. 1876, la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.

El Art. transcrito es una aplicación concreta de la regla sentada en el Art. 1543, aunque se advierte una contradicción especial.

En efecto, según el Art. ultimamente citado, inciso primero, si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, éste es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios.

De tal manera, que si la cosa que se debe perece sin culpa del deudor, pendiente la condición, se extingue la obligación de éste, es decir, no tiene que entregar la cosa prometida y en cambio el vendedor pierde el valor de la cosa, porque tiene que pagarle al deudor lo estipulado.

Esta doctrina está en oposición con la del Art. 1876. En éste el legislador estima que si no se cumple la condición, no tiene porque nacer vínculo alguno de derecho.

Parece más corriente la anterior: Con el cumplimiento de la condición suspensiva nace un derecho, no efectuándose ésta o destruyéndose la cosa, necesariamente desaparecen la causa y

el objeto, y no existiendo estos requisitos que son esenciales, tampoco pueden existir contratantes.

Algunos comentaristas han querido uniformar el inciso 1. del Art. 1543 con el 1876, aplicando a aquél la misma doctrina que encierra éste, lo que de seguro está más conforme con el sentido común.

Hecha esta salvedad examinaré el Art. 1876.

A pesar de que el comprador no es dueño de cosa cierta que se le vende sino desde el momento en que se haga tradición de ella, la ley ha dispuesto que su pérdida, entre la perfección del contrato y la entrega es para el comprador, siempre que no sea por culpa del que estaba en la obligación de transmitirla.

A primera vista aparece como injusta la voluntad del Legislador, pero debe tenerse en cuenta que si la cosa aumenta, ese aumento redundará en beneficio del comprador, de donde se hace necesario establecer una compensación que consulte la equidad.

Hemos visto el caso en que la venta sea pura y simple. Pasando a la venta hecha bajo condición suspensiva, el asunto no presenta ninguna dificultad y la pérdida es para el vendedor, porque no hay contrato.

Si la venta es bajo condición resolutoria, cumplida ésta, se siguen las reglas de la venta pura y simple, en cuanto a la pérdida mejora o deterioro.

(Continuará).

ERNESTO ESCOBAR M.

MEDICINA LEGAL

I

Hemos leído con verdadero interés, porque nos incumbe, una serie de artículos, que con el título de Jurisprudencia Medicolegal, viene publicando en la Revista del Centro Jurídico, el muy distinguido Abogado Dr. Carlos A. Holguín, con el laudable fin de lanzar al estudio varios asuntos importantes, referentes al peritazgo Medicolegal, en los cuales no siendo la ley suficientemente clara en sus palabras, hay necesidad de interpretarla en conformidad con su espíritu, guardando en todo caso equidad y justicia, tanto para la sociedad ofendida por el delito como para el reo, cuyos intereses de defensa exigen que la pena no sea en ningún caso mayor de la que corresponde a la naturaleza del hecho que se castiga.

Respetando verdaderamente las opiniones del Dr. Holguín, entramos en el campo de estos estudios, aplaudiendo sus buenos razonamientos y discutiendo con franqueza y claridad lo que no creamos en conformidad con nuestro modo de pensar, para llegar al fin propuesto, esto es a crear un cuerpo de doctrina aplicable a todos los casos semejantes.

Principia el articulista por quejarse amargamente de la deficiencia, no solamente del servicio Medicolegal en todo el Dpto., prestado por multitud de honorables colegas, inscritos como médicos legistas, sino también de la falta de competencia de muchos