



Memorial sobre Legislación Obrera

elevado por el Centro Jurídico a la H. Asamblea de 1916



Honorables Diputados:

El Centro Jurídico, fiel al programa que se trazó de «trabajar en contra de las instituciones, costumbres, prácticas y procedimientos, que se refieran al Derecho, cuando sean injustos» acordó en sesión del 10 de los corrientes que los suscritos miembros de la Comisión de la Mesa os eleváramos el presente memorial, en solicitud de disposiciones legales encaminadas a mejorar la condición de los obreros en las fábricas.

Sería ofender vuestro elevado criterio entrar a demostrar la necesidad y conveniencia de legislar sobre tan importante materia, pues, si bien es cierto que el problema obrero no ofrece aún complicaciones entre nosotros, si es ya tiempo de prevenir los conflictos que en un futuro no lejano se presentarán, dado el desarrollo industrial de la época moderna.

Señal de desequilibrio entre el Proletariado y el Capitalismo son las quejas de descontento que ya dejan escapar los obreros contra ciertos prácticos que lastiman la equidad y hacen que nazcan en el ánimo del obrero sentimientos de animadversión contra la clase directiva.

Preciso es hacer mérito del espíritu de sujeción que caracteriza a nuestra clase desheredada respecto de los ricos, y porque no quede a la generosidad de éstos lo que deben en justicia, se hace premiosa la intervención del Legislador, más eficaz cuanto más previsora, en pueblos de índole individualista como el nuestro, pues una vez que vea lesionados sus derechos se unirá para reivindicarlos y tendremos el Socialismo.

Entre las causas de ese descontento apuntamos la desproporción de las multas que les imponen y el salario que se les paga; el exceso en las horas de trabajo, y la injusta diferencia entre los salarios del hombre y de la mujer, en igualdad de tarea, injusticia tanto más notoria cuanto más frecuente es el caso de que sea aquella quien atiende, sola, al sostenimiento del hogar con el fruto de su trabajo.

Es cuestión ésta que, estamos seguros, despertará vuestra atención, como que de ella se han preocupado todos los benefactores de la Sociedad y muy especialmente el inmortal León XIII que con justicia ha sido llamado el «Papa de los obreros».

Para cumplir nuestro cometido invocamos el carácter de ciudadanos colombianos y el derecho de petición reconocido en el artículo 45 de la Constitución de la República.

Medellín, Marzo 15 de 1916.

HONORABLES DIPUTADOS

El Presidente, JOSE U. MUNERA.—El Vice-Presidente, JESUS M. MARULANDA.—El Secretario, José R. Vásquez M.

ESTUDIOS DE DERECHO

Publicación del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

Director, IGNACIO DUQUE

Administrador, J. de J. GOMEZ R.

Serie III

Medellín-1916-Febrero y Marzo

Nos. 33 y 34

DERECHO CIVIL

Miguel TOBON C.

Obligaciones con Cláusula Penal.

El artículo 1592 de nuestro Código Civil define la cláusula penal así: «Es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal».

El 1126 del Código Civil francés dice: «es aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de una convención, se obliga a alguna cosa en caso de inejecución». Se observa, si hacemos un análisis detenido de ambas definiciones, que ellas concuerdan, es decir, enseñan, llevando al espíritu una idea completa de lo que es la cláusula penal. En efecto; en estas definiciones hallamos que ambas contienen o enuncian un arreglo anticipado, la estimación que las partes mismas hacen del monto de los daños y perjuicios que deberán ser pagados si el deudor no ejecuta su obligación o no la ejecuta sino tardíamente, es decir, la pena, la cual viene a quedar en lugar de esos daños y perjuicios,—que es como la compensación de ellos. Nuestro Código habla de una pena

que consiste en *dar o hacer algo*, y el francés de *obligarse a algo*, que es la pena, en caso de inexecución; la expresión, pues, de dar o hacer algo, equivale o viene a significar lo mismo que obligarse a algo, que emplea el Código Civil francés; y la expresión *en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*, que emplea nuestro legislador, equivale a la *en caso* de inexecución que trae el artículo 1226 del Código Civil francés. Esto es tan evidente, que la inexecución de la obligación es lo mismo que el no cumplimiento, y el cumplimiento tardío es lo mismo o equivale a no haberse cumplido la obligación en el tiempo estipulado, es decir a la inexecución de ella.

Veamos un ejemplo: Juan me ha prometido mediante cláusula penal de cien pesos de oro, no edificar en su jardín; Juan edifica. Tanto la definición de nuestro Código como la del francés, están acordes, según este ejemplo, en que Juan incurrió en la pena, porque faltó al cumplimiento de la convención de no edificar, es decir, tiene que pagar los \$ 100 pesos por no haber ejecutado o cumplido su obligación, que en el presente caso, por ser negativa, es decir, de no hacer, se ejecuta absteniéndose de ejecutar el hecho convenido y se falta a su cumplimiento por el solo hecho de la contravención,

Veamos ahora cuándo ocurre que el deudor está en mora, en el ejemplo que venimos estudiando. Antes que todo examinemos: ¿es positiva o negativa la obligación principal? Negativa, respondemos, porque consiste en no edificar. Cuando la obligación es negativa, se incurre en la pena, háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, desde que se ejecuta el hecho del cual el deudor se ha obligado a abstenerse, estatuye nuestro Código Civil en su artículo 1595, inciso segundo. De suerte, pues, que en el caso de una obligación negativa, no hay propiamente mora por parte del deudor porque éste sólo incurre en la pena cuando ejecuta el hecho de que se obligó a abstenerse; pero si la obligación principal es positiva, entonces sí ocurre

la mora cuando el deudor, háyase o no estipulado un término para cumplirla, no la ha cumplido por su parte según lo estatuye, también, el mismo artículo citado, en su inciso primero.

Hemos dicho que la pena sustituye,—ocupa el lugar, hace las veces, en suma, de la indemnización de perjuicios,—que es como la compensación de ellos,—pues no es otra cosa que el arreglo anticipado, la determinación que las partes mismas hacen del monto de ellos, los cuales deberán ser pagados si el deudor no ejecuta su obligación, o no la ejecuta sino tardíamente.

De esta analogía entre la pena con los perjuicios, hacemos la deducción jurídica de que cuando se puede pedir la indemnización de perjuicios en las obligaciones de hacer o positivas, por estar el deudor en mora, en las con cláusula penal se puede pedir la pena también cuando el deudor está en mora. En las negativas, con cláusula penal, preguntamos, ¿cuándo se puede pedir la pena? Ya hemos dicho que en éstas propiamente no hay *mora* por parte del deudor, porque justamente lo que caracteriza la obligación negativa es la abstención de hacer alguna cosa, y mientras esta circunstancia se observe, es como el deudor cumple su obligación; de manera, pues, que la pena se puede pedir es sólo cuando el deudor ha contravenido a lo estipulado, que es lo mismo que preceptúa el artículo 1612 del Código Civil, que dice: «Toda obligación *de no hacer* una cosa, se resuelve en la de indemnizar los perjuicios si el deudor contraviene, y no puede deshacerse lo hecho» o pagar la pena cuando hay cláusula penal, agregamos nosotros, para ser lógicos con lo que venimos sosteniendo.

Parece, pues, que así queda confirmado el fenómeno jurídico de que la pena ocupa el lugar de la indemnización de perjuicios, ya que no es otra cosa que la estimación anticipada que hacen las partes de éstos en una cláusula penal, así como otras veces son determinados, o por la justicia, o por la ley; y que hay lugar a demandarlos en los mismos casos que asiste al acreedor el derecho para pedir la pena, que es

cuando el deudor está en mora: en las obligaciones positivas por no haberlas cumplido o haberlas ejecutado tardíamente, y en las negativas, o de no hacer, por el solo hecho de la contravención.

Hasta aquí hemos examinado lo que tienen de común las obligaciones en general o las convenciones, con respecto a las que encierran cláusula penal. Veamos ahora la manera de distinguirlas, y las consecuencias jurídicas distintas que de su diferenciación se originan.

La obligación con cláusula penal supone necesariamente la existencia de una obligación principal; de aquí que la primera es siempre accesoria, es decir, que no puede subsistir sin la segunda, y cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de la principal.

De la verdad de este postulado, se deduce que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, (artículo 1593, inciso primero del Código Civil). Yo pacto, por ejemplo, con Juan, quien está declarado en interdicción judicial, por causa de demencia, que me labrará mi campo por la suma de cien pesos de oro, en el término de dos meses, bajo la cláusula penal de veinte pesos. Como la obligación principal es nula, al tenor del artículo 1741, inciso segundo, también lo es la cláusula penal. En efecto: no puede haber lugar a daños y perjuicios—representados por la pena—en el ejemplo propuesto, porque un contrato absolutamente nulo, es decir que no existe, no puede dar lugar a indemnización de perjuicios. Pero la nulidad de la cláusula penal no acarrea la de la obligación principal. Así por ejemplo: Pedro, hombre hábil para contratar, se obliga conmigo a labrarme mi campo, en el término de dos meses, por cien pesos; si así no lo hiciera, se obliga a tomar armas en asocio de algunas otras personas, y rebelarse contra las Autoridades legitimamente constituidas, hasta conseguir el trastorno del orden público. Esta cláusula penal es nula, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6.º del Código Civil, inciso 2.º, y del artículo 1524, inciso 2.º, ibídem, pero no la obligación principal que puede ha-

cer efectiva el acreedor, mediante los medios que la ley le brinda.

Sin embargo, tanto la legislación nuestra (Art. 1593, inciso 1.º del Código Civil), como la francesa, reconocen el caso, como excepción al principio establecido, que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, que ésta es válida no obstante la nulidad de la principal. El caso ocurre cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido. Aquí la obligación principal es nula en general, por serlo el contrato del cual parece surgir aquella, porque faltando el consentimiento—condición esencial de todo contrato—de la persona en cuyo nombre promete uno y su provecho y utilidad, es claro que la obligación queda viciada de nulidad; sin embargo, repito, valdrá la pena en este caso.

La legislación francesa no permite prometer el hecho de un tercero a quien no le resulta ningún interés o provecho de la estipulación; según ella no se puede prometer sino para sí, salvo el caso del mandatario y del Agente oficioso en los cuales siempre se promete por el mandante, o persona de quien uno se constituye agente oficioso y en su provecho y utilidad, quedando obligados para con los terceros con los cuales contratan.

El artículo 1119 del Código Civil francés es demasiado absoluto; contiene la prohibición de que no se puede prometer sino para sí; no se puede, contratando, obligar sino a sí mismo. Su redacción es esta: «No se puede, en general, comprometerse y estipular en su propio nombre, sino para sí mismo». Pero si, no obstante esta prohibición, se promete a nombre propio el hecho de otro—se obliga un tercero—con una cláusula penal, ésta valdrá según lo estatuye o permite el artículo 1120 del Código Civil francés.

Se observa, en este caso, el fenómeno jurídico de una obligación en que una persona que promete por un tercero y que por sí es nula por falta del consentimiento de dicho tercero, la cláusula penal agregada

a esa convención que debiera ser nula, no lo es según ambas legislaciones. ¿Cual será la razón de esta excepción, es decir, que no se observe el principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal? Parece que proviene de que el tercero por quien uno promete imponiéndose una pena, o el tercero, en cuyo favor se estipula imponiéndose también una pena la persona con quien se estipula, derivan de la convención utilidad o provecho; de tal modo que si así no fuera, la obligación principal sería nula y por lo tanto la cláusula penal no valdría tampoco; pero vale justamente por el provecho o utilidad que el tercero deriva de la convención y por otras razones que más adelante expondremos.

Un ejemplo ayudará a explicarnos más claramente la razón de esta excepción o anomalía: Yo prometo a Pedro, con quien contrato, que Juan le pagará la labranza del campo de éste, y que Pedro pagará, por vía de pena, la suma de cien pesos, si no ejecuta la obligación; valen la convención y la pena porque Juan deriva del contrato utilidad o provecho. Pero, si el convenio es extraño a su provecho o utilidad, como por ejemplo, cuando ya no se trata de labrar el campo de Juan, que es agricultor, sino de destinarlo, mediante construcción de edificios a la guarda de materias explosivas, es decir, a cosas extrañas a los negocios de Juan, y de los cuales no deriva éste ninguna utilidad, la cláusula penal no tendrá valor porque ya se cae en la prohibición del artículo 1507 del Código Civil Colombiano, y 1119 del Código Civil francés que ordena que no se puede en general comprometerse o estipular en su propio nombre sino para sí mismo, es decir, que no se puede prometer el hecho de otro—obligar a un tercero—sino en virtud de mandato, o cuando al tercero le resulta de una gestión alguna utilidad, lo que equivale a mandato; o cuando la promesa hecha por un tercero es ratificada por él, que es cuando una persona, si bien es cierto que no promete el hecho de un tercero, que no se constituye deudor de este hecho, puede sin embargo prometer personalmen-

te la ratificación de la promesa hecha por él. (artículo 1507 del Código Civil nuestro, y 1120 del Código francés).

En el primer ejemplo vale la pena, porque es válida la obligación principal ya que el tercero a quien se ha obligado deriva de la convención utilidad o provecho, y se presume por lo tanto su consentimiento. En el segundo, no vale la convención porque ésta es extraña al tercero, quien no recibe provecho o beneficio de ella, y falta, o se presume que falta su consentimiento, y no vale tampoco la pena.

La legislación francesa admite también la excepción al principio establecido de que no se puede estipular o prometer en su propio nombre sino para sí mismo, cuando uno promete por un tercero y el que estipula tiene el cuidado de agregar a la convención una cláusula penal. La excepción consiste en que no obstante la nulidad de la obligación principal, la cláusula penal que se agrega le da valor a la estipulación, contrariando el principio ya sentado, y es porque uno de los estipulantes dispone del medio de una coerción legal contra el otro, aunque no valga la obligación principal. Ejemplo: Yo estipulo con Pedro, reservando para mí la acreencia, que este Sr. edificará la casa de Juan. Esta convención no vale, es nula por lo que ya hemos dicho, pues no se puede en general prometer por un tercero; también, porque no existe interés para mí, acreedor, y no hay vínculo de derecho entre Pedro y yo; el deudor puede contravenir impunemente a ella. Pero si se le agrega la cláusula penal: «y si Pedro no edifica la casa de Juan, pagará aquél la suma de tanto, a título de pena», será válida porque yo tengo contra Pedro un medio de coerción legal, porque ya Pedro no es dueño de rehusar impunemente la ejecución de su promesa. La cláusula penal purga, por decirlo así el vicio, creando un medio de coerción legal. (Mourlon, pág. 457, tomo III)

Estas excepciones que tanto la legislación francesa como la nuestra admiten al principio establecido, tienden, como se ve, a debilitarlo o a borrar, por decirlo

así, su firmeza y eficacia lo cual obedece en opinión de Mourlon y otros tratadistas y comentadores de Derecho, a la regla general, muy admitida, de que todo lo que se estipula en un contrato debe tener eficacia, siempre que no sea contra expresa prohibición de la ley, y de preferir la interpretación de sus cláusulas en el sentido de que produzcan algún efecto a aquella en que no produzcan ninguno.

Examinemos ahora la diferencia entre lo que el acreedor puede pedir cuando el deudor está en mora en las obligaciones en general, y en las con cláusula penal. En las primeras puede pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1.^a Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2.^a Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3.^a Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato (artículo 1610 del Código Civil nuestro). En las segundas, si la obligación con cláusula penal es de hacer o positiva, y el deudor se constituye en mora, el acreedor no puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. (Artículos 1594 del Código Civil nuestro; 1228 y 1229 del Código Civil francés). Tratándose, pues, de las obligaciones en general, el acreedor tiene derecho a dos cosas: la indemnización de la mora, junto con cualquiera de las tres cosas, a su elección, enumeradas en el artículo 1610 de nuestro Código; y si de las obligaciones con cláusula penal, sólo tiene derecho a una cosa: o la pena, o el cumplimiento de la obligación principal, a su arbitrio. Sólo por una estipulación expresa tiene derecho a ambas cosas, lo cual autoriza la ley en virtud del principio jurídico de que las convenciones son ley para aquellos que las han hecho, siempre que no contraríen los mandatos expre-

tos de la misma ley, (artículo 1602 del Código Civil Colombiano; y 6.^o inciso segundo del mismo; 1134, y 6.^o del Código Civil Francés).

El estudio que venimos haciendo de las obligaciones con cláusula penal, habrá de informar el criterio jurídico que nos haya de servir para distinguir en un contrato si alguna de sus estipulaciones constituye cláusula penal, o es una obligación común o general sin obligación accesoria ninguna; importantísima distinción de la cual se derivan, como ya lo hemos observado, consecuencias jurídicas muy diferentes. Dicho estudio nos ha sido sugerido por la lectura de una sentencia de la Corte Suprema, publicada en la Gaceta Judicial de 5 de Octubre de 1915, en la cual, del análisis de una estipulación de un contrato, un Magistrado que salvó su voto, al igual que el Tribunal sentenciador, sostuvieron que constituía cláusula penal, y la Corte una obligación general sin este aditamento, fallando de conformidad, o sea casando la sentencia del Tribunal.

Hubo otro Magistrado que, aunque no sostuvo que la estipulación envolviera cláusula penal, también salvó su voto porque fue de opinión que por el hecho de haber declarado el Tribunal que sí existía la tal cláusula, a la Corte no le era permitido variar este aserto, por lo cual la sentencia no podía casarse sin contrariar la jurisprudencia de la misma.

Esta, es pues, otra de las consecuencias que habría podido producirse de la declaración del Tribunal de que la estipulación del contrato envolvía cláusula penal, cual hubiera sido la de que la sentencia no tuviera el remedio de la casación.

El caso ocurrido fue, en resumen, el siguiente:

Unos individuos vendieron un inmueble, parte de contado, y con respecto al último contado, o sea al resto para completar el pago por parte del comprador, se estipuló claramente lo siguiente, en la correspondiente escritura: *un plazo de tres meses, tanto para el pago del último contado del precio de la venta, como para que los vendedores hicieran la cancela-*

ción de una hipoteca constituida por los mismos en favor del padre de éstos. Se estipuló también que la falta de cumplimiento de esta obligación, por parte de los vendedores, tenía estas dos consecuencias para ellos: primera, *la de no poder cobrar la suma al vencimiento del plazo, y, segunda, la de que a partir de la fecha del vencimiento, esa suma dejaba de producir intereses a su favor.*

Estudiemos ahora, a la luz de las disposiciones civiles, si estas estipulaciones constituyen cláusula penal como lo sostuvo el Tribunal Sentenciador y el Magistrado de la Corte que salvó su voto, apartándose de la opinión de los otros que sentenciaron que las dichas estipulaciones no constituían, en manera alguna lo que jurídicamente debe entenderse por obligación con cláusula penal, sino obligaciones generales, sin accesorio de ninguna especie, que es lo que caracteriza la cláusula penal.

Dijimos, cuando hacíamos el estudio comparado de la legislación francesa con la colombiana, que en la definición de cláusula penal, como para darle mayor valor y autoridad, hay de común o de análogo, que ambas están acordes en que es aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de una convención, se compromete a alguna cosa en caso de inejecución (artículo 1226 del Código Civil Francés); la expresión, «se compromete a alguna cosa», contiene o equivale a esta empleada por nuestro Código en su artículo 1592: «se sujeta a una pena que consiste en *dar o hacer algo*» en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

Veamos, si conforme a esta definición, la estipulación de que hablamos constituye o no cláusula penal.

El plazo de tres meses fijado para el comprador pagar el último contado y para cancelar por parte de los vendedores la hipoteca que gravaba el inmueble vendido, indicaba claramente que pasados los tres meses sin que ninguna de las partes cumpliera su obligación, quedaban en el caso del artículo 1609 del Código Civil que dice en su parte pertinente: «que ninguno de los con-

tratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos». No hay, pues, como se observa en esta estipulación, cláusula penal. Pero no fue esto solamente lo que se estipuló, sino que además las partes agregaron que si los vendedores no cumplían con la obligación de cancelar la hipoteca en el término de tres meses, una vez vencido este plazo, no podían cobrar la suma que les quedaba debiendo el comprador con el mismo plazo, y a partir de la fecha del vencimiento, esa suma dejaba de producir intereses a favor de ellos; quedaba, pues, la deuda en la condición de una sin plazo y sin interés.

Preguntamos: ¿constituye cláusula penal la convención de que vencido el plazo sin haber cumplido los vendedores su obligación, no podían éstos cobrar la deuda y ésta dejaba de producir intereses a su favor? Nó, respondemos decididamente apartándonos de la opinión, muy respetable por cierto, del Magistrado que salvó su voto y el cual reforzó la del Tribunal de Cundinamarca. ¿En qué consiste la cláusula penal según nuestra ley y la francesa—origen de la nuestra—excúsenos que volvamos a preguntar?. *En dar o hacer algo*; ¿y qué era lo que daban o hacían los vendedores en caso de inejecución de su obligación? Nada contestamos, porque no tener el derecho de cobrar una suma que se les debía de plazo vencido por no haber cancelado la hipoteca, y mientras ésta quedara sin cancelar, es decir, durante la mora, (porque es claro que cancelándola nacía el derecho de cobrarla aunque sin derecho a los intereses, por no haberla cancelado en el tiempo estipulado); y no tener tampoco el derecho, desde el vencimiento del plazo sin haber cancelado, de recibir intereses, ni es *hacer algo*, ni es mucho menos, *dar*, porque se da lo que se tiene, de lo que uno es dueño; intereses no devengados no pueden ser objeto de donación, es decir, no pueden *darse*; los intereses que no se pueden cobrar después de vencido cierto plazo, ni son intereses causados, ni por lo mismo son devengados, porque lo que han estipulado

justamente las partes es que no habrá intereses si pasado cierto tiempo no cumplieren una de ellas con una obligación. Todavía más; perder un derecho, aunque sea transitoriamente, (lo cual según hemos visto al analizar la estipulación de que nos ocupamos) es una expresión impropia, porque propiamente no se pierde el derecho, sino que lo que sucede es que no se tiene el derecho, por el no cumplimiento de una obligación, y no tener un derecho por la misma causa, como es el de cobrar intereses de una suma, por parte de los vendedores, ni *es hacer* ni mucho menos *dar*, carácter distintivo de la cláusula penal. Dar no es sinónimo aquí de *donare*; es la traducción, como dicen los comentadores franceses, del verbo *dare*, que, en derecho romano significaba transferir la propiedad de una cosa; lo cual es un hecho, es tanto como hacer, es decir, equivale a dar o sea transferir la propiedad de una cosa; y en este sentido, *dar*,—la especie—está comprendida en hacer—el género; de suerte que la palabra dar que usa nuestro Código viene a estar demás—en concepto nuestro—es una redundancia en la cual no incurre el legislador francés al definir la cláusula penal en el artículo 1226, en el cual no habla de *dar o hacer*, como el nuestro, sino simplemente *de hacer algo*, es decir, *alguna cosa*, expresión ésta en la cual está comprendido el dar, que es tanto como hacer, porque, quien transfiere la propiedad de una cosa que es dar, según lo tenemos visto, ejecuta también la facultad de hacer alguna cosa.

No envuelven, pues, verdadera cláusula penal las estipulaciones que venimos estudiando y por lo tanto así el Tribunal como el Magistrado de la Corte que salvó su voto, erraron, en nuestro concepto, al sostener que había cláusula penal, o sea que dichas estipulaciones constituían obligaciones de esta especie.

Para que la estipulación constituyera cláusula penal sería necesario que las partes se hubieran comprometido claramente a que si dentro del plazo fijado no cancelaban los vendedores la hipoteca, pagarían por vía de pena, una suma de pesos o se obligaban, por

ejemplo, a entregar al comprador el trigo que tuvieran almacenado en sus graneros, cuando los declararan en mora de cancelar; o que el comprador, en su caso, se hubiera comprometido, a que si no pagaba al vencimiento del plazo el precio del último contado, estando listos para cancelar, o habiendo cancelado la hipoteca los vendedores, es decir, cuando lo declararan en mora, pagaría por vía de pena una suma de tanto, que vendría a representar un interés mayor que el estipulado. Estas convenciones que si hubieran constituido obligaciones con cláusula penal, son, como se observa, en un todo distintas de las que venimos estudiando, las cuales, conforme lo hemos demostrado, no envuelven en manera alguna cláusula penal. Y decimos que las estipulaciones de los ejemplos que citamos sí envuelven indudablemente cláusula penal, porque en cada una de ellas sí se ve claro que el deudor que faltare al cumplimiento de la obligación principal, queda obligado a *dar o hacer algo*; si son los vendedores, a pagar una suma o a entregar el trigo que tuvieran en sus graneros; si el comprador, a pagar una suma de pesos que vendría a ser tanto como pagar mayor interés del estipulado. Todo esto indica que por regla general, es decir, en el mayor número de casos, las obligaciones son comunes o generales, y que sólo excepcionalmente asumen el carácter de obligaciones con cláusula penal, cuando es de una claridad completa, es decir indudable la estipulación de esta especie; y entonces es cuando viene a ser aplicable la regla de interpretación que dice: «que la excepción no debe admitirse sino cuando es indudable; pero que admitida la excepción debe preferirse a la regla, porque la especie deroga al género.

El artículo 1452 del Código Civil dice: «No hay donación en el comodato de un objeto cualquiera», aunque su uso o goce acostumbre darse en arriendo.

Tampoco la hay en el mutuo sin interés.

Peró la hay en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o a censo».

Lo que estatuye este último inciso, no es aplicable al caso de que venimos tratando, porque, volvemos a repetir, los vendedores mientras no cancelaran la hipoteca en el plazo estipulado, no tenían derecho a cobrar intereses; no los perdían por lo tanto ni donaban o daban, porque se había pactado que no tendrían derecho a ellos, si faltaban a su obligación; ni había remisión ni cesión ni tampoco condonación de esos intereses, puesto que no tenían derecho a ellos, no eran de los vendedores, no estaban en el patrimonio de éstos, y no se puede remitir, ceder, condonar, sino lo que uno tiene, de lo que uno es dueño, un derecho, pero no a lo que uno no tiene derecho, como lo eran en el caso contemplado, los intereses no devengados ni causados, porque no habían corrido; no se tenía derecho a ellos, justamente por falta de cumplimiento por parte de los vendedores de cancelar la hipoteca; éstos no perdían los intereses porque no los tenían; lo que ocurría era que no tenían derecho a cobrar intereses, después de vencido cierto plazo, y eso en virtud de una estipulación de ellos clara y expresa.

El no cumplimiento por parte de los vendedores de cancelar la hipoteca, dentro del término estipulado, los hizo incurrir en la mora; no así el comprador, mientras los vendedores permanecieran en su negativa para ejecutar su obligación y quien estuvo listo para pagar el precio del contado restante. En esta situación era para el comprador (acreedor en este caso) clarísimo el derecho consignado en el artículo 1.610 del Código Civil que ya hemos transcrito, para pedir, como pidió, la indemnización de la mora y la ejecución del hecho convenido. Pero, volvemos a decir, tanto el Tribunal como el Magistrado disidente consideraron que las estipulaciones envolvían una cláusula penal, y aplicó aquél, en consecuencia, disposiciones legales sustantivas que no venían al caso del pleito; y éste sustentó la misma opinión, es decir, que debían aplicarse las disposiciones que rigen sobre obligaciones con cláusula penal. Y fue tan sustancial la diferencia entre el Tri-

bunal sentenciador, el Magistrado de la Corte que abundó en las mismas razones de éste, y la Corte en la sentencia que casó la del Tribunal, que éste absolvió a los demandados que fueron los vendedores y la de Casación los condenó no sólo a indemnizar a los herederos del comprador los perjuicios provenientes de la mora, en el cumplimiento de la obligación de cancelar la hipoteca, sino a cancelar ésta según lo convenido.

¿En qué se apoyó preguntamos, el Tribunal para absolver a los demandados—vendedores—de las declaraciones que pidió el demandante se hicieran en su favor?

Dijimos que consideró que las estipulaciones hechas envolvían cláusula penal, y que por lo mismo aplicó las disposiciones legales que rigen las obligaciones de esta especie. En efecto, dijo en sustancia: «los vendedores demandados por el hecho de haberse constituido en mora de cancelar la hipoteca que gravaba el inmueble vendido, en el tiempo estipulado, incurrieron en la pena consistente en *perder* los intereses del crédito que tenían contra el comprador (concepto erróneo que creemos haber confutado en el curso de este estudio), es decir, consideró que hubo cláusula penal, y de ahí, continúa el Tribunal, que el comprador (acreedor) perdiera el derecho a pedir la indemnización de perjuicios, porque conforme al artículo 1,600 del Código Civil tenía a su elección pedir: o la pena o la indemnización de perjuicios; pero como optó por la pena una vez que el comprador o sus herederos habían dejado de pagar intereses, y también porque cuando entabló la demanda ya se estaba haciendo efectiva la pena, perdió el derecho a demandar indemnización de perjuicios».

Aquí se ve más patente el error de calificar la convención de que, si al no cumplir con la obligación de cancelar la hipoteca los vendedores, la suma que se les quedaba a deber dejaba de producir intereses, constituía cláusula penal, porque consistiendo ésta en *dar o hacer* algo en caso de no ejecutar o retardar el cumplimiento de la obligación principal, las circunstancias de no deberse intereses desde cierto tiempo, de no

tener derecho a esos intereses, es decir de no correr intereses por haberse pactado, que no los habría si se faltaba a una obligación, estas circunstancias, repetimos, no equivalen a *dar* o *hacer* por parte del deudor, que es lo que caracteriza la cláusula penal; el que deja de recibir intereses a que no tiene derecho, o mejor dicho, por no tener derecho a ellos, en virtud de un convenio, ni los pierde, ni mucho menos los da, ni tampoco hace nada: luego no hay razón jurídica para calificar como cláusula penal estipulaciones en un todo extrañas a ellas y en las cuales no concurren los requisitos necesarios para que se produzca el fenómeno jurídico que el Tribunal y un Magistrado de la Corte afirmaron haberse producido.

Es de notar que el ilustrado Magistrado que salvó su voto, además de razones de otro orden que tuvo para ello, hizo hincapié y sostuvo, como cosa para él muy clara, que lo que se pactó fue una verdadera cláusula penal a la luz de nuestro Código Civil. En efecto, afirma: «que los vendedores o sea los demandados sí daban algo en caso de que no se hiciera la cancelación de la hipoteca en los tres meses para ello concedidos; que eso que daban era los intereses a que tenían derecho y que dejaban de cobrar». A esta argumentación respondemos lo que hemos dicho ya tantas veces; que los deudores—vendedores—no podían dar nada porque nada tenían, y nada tenían porque justamente se había estipulado que al no cumplir su obligación dejaba su crédito de producir intereses, no eran dueños de intereses, por consiguiente no los podían dar ni tampoco perder, porque nadie pierde lo que no tiene. Es pues, para nosotros claro de toda evidencia, que no hay cláusula penal en la estipulación tantas veces nombrada.

Decidió, pues, en nuestro concepto, con mucho acierto la Corte, al condenar a los demandados a cumplir la obligación de cancelar la hipoteca y a indemnizar a los demandantes los perjuicios provenientes de la mora en el cumplimiento de dicha obligación.

No se quebrantó, pues, como lo sostuvo el Ma-

gistrado a quien nos hemos venido refiriendo, el artículo 1.600 del Código Civil que contempla el caso en que haya habido cláusula penal, el cual no es el aplicable al caso del pleito, como creemos haberlo demostrado. El que aplicó la Corte fue el 1610 que no contempla la existencia de cláusula penal sino de una obligación general de *hacer*, en cuyo caso, si el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, entre cualquiera de estas tres cosas a elección suya; esta, que fue la que pidió: «1.ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido», o sea la cancelación de la hipoteca que fue en el caso de que nos ocupamos, a lo que condenó la Corte.

Hacemos notar, al darle fin a este ya largo como cansado trabajo, lo que anunciamos al principio de él, acerca de la importancia del estudio de las obligaciones con cláusula penal, muy fácilmente confundibles con las otras que no asumen este carácter especial, y cómo son de distintas naturalmente las consecuencias jurídicas que se producen al considerar o calificar erróneamente que una estipulación envuelve cláusula penal, por creer que concurren en ella los requisitos indispensables para constituir esta especie de obligaciones, cuando realmente no concurren tales requisitos para que tal fenómeno jurídico se produzca. Tan distintas son las consecuencias, repetimos, que la sentencia del Tribunal que declaró que hubo cláusula penal, absolvió a los demandados, y la de la Corte que adujo, en nuestro concepto, razones concluyentes para sostener lo contrario, condenó a los demandados en los términos que ya hemos indicado, o sea a cumplir la obligación contraída y a indemnizar los perjuicios provenientes de la mora en su ejecución. La sentencia que absolvió dejó sin resolver importantes puntos de la demanda, e hizo que quedaran sin efecto alguno las estipulaciones que en el caso en que nos ocupamos fueron consignadas en la convención, verdaderas leyes de los contratantes, pues nada dijo en lo relativo a la cancelación, ni tampoco al pago de lo que

restaba a deber el comprador, en tanto que la de la Corte que condenó, sí resolvió sobre estos puntos; sobre el primero expresamente, y sobre el segundo tacitamente, porque es claro que al ejecutarse la sentencia en el sentido de hacer cancelar la hipoteca, el comprador o sus sucesores tendrían que pagar el contado que quedaban debiendo, no habiéndose mencionado expresamente en la sentencia la condenación del comprador en este punto, porque sin haberse cumplido por los vendedores su obligación, mal podía condenarse al pago de esa suma.

Por la sentencia del Tribunal se interpretaron las cláusulas de un contrato en el sentido de no producir efecto alguno, mientras que por la de la Corte se interpretaron en el sentido de producir los efectos que las partes tuvieron en mira al celebrarlo, así como las consecuencias que legalmente habían de desprenderse de él según la doctrina del artículo 1,603 del Código Civil y las reglas de la Crítica y la Hermenéutica legal aplicables así a las leyes como a los demás actos jurídicos contratos, testamentos, etc., etc.

Todas estas razones al haberlas aducido la Corte, le habrían dado, en nuestro concepto, fundamento jurídico más sólido a la sentencia.

ECONOMIA POLITICA

Jesús María ECHEVERRI

Billetes representativos del oro.

Con este nombre ha principiado a circular gran cantidad de numerario, que no está de acuerdo con el verdadero billete de banco, siendo por el contrario el mismo papel moneda de 1880 con distinta faz.

Por la Ley 70 de 1913 se le confirió facultad a la junta de conversión para trabar negocios con una casa bancaria extranjera, que lleva por nombre American

Banck Note Co, facultad que dio lugar al convenio para la fabricación de *doce millones de billetes representativos de oro* y contrato que se hizo con la expresa condición de emplear papel con filaturas de seda, pero los EE. UU. de A. no lo permitieron por ser este papel el de propio uso para la moneda fiduciaria.

Este cambio superficial no trae consigo ventajas económicas de ninguna especie, porque el billete nuevo es tan papel moneda como el que tenemos todavía en circulación.

Notamos, que entre el verdadero billete representativo y el papel moneda, existe una muy grande diferencia: Aquél es convertible en moneda metálica en tanto que el papel no lo es. Así, si un individuo se presenta a las arcas del Estado con un *billete representativo de oro*, no lo será cambiado por metal, sino a lo más por otro papel igual.

Existen otras varias diferencias no menos escasas de importancia que la anterior: 1.º El billete de banco representativo de oro es emitido en el curso de operaciones financieras, en tanto que el papel moneda, en la corriente de las necesidades del Gobierno. 2.º El billete es emitido por sociedades particulares y el papel por la Nación.

De suerte que la garantía que ofrece el papel moneda es el respaldo por *la junta de conversión* o sea las rentas del Estado, en cambio que el verdadero billete representativo de oro (no el nuestro) tiene por base segura y firme el encaje depositado en los sótanos del banco.

Si a la junta de conversión no se le hubieran cortado las alas, quitándole como le quitaron los fondos destinados a la conversión de papel moneda, el nuevo billete representativo de oro habría despertado en los colombianos muy fundadas esperanzas que con el tiempo habrían llegado a ser una realidad. Pero el golpe dado a la junta, fue un golpe que repercutió en el crédito del País y que nos aleja mucho de una redención del papel moneda.

Colombia tiene en circulación diez millones y medio en papel moneda y el contrato es de doce millones. Qué pensará el Gobierno acerca de la diferencia? Arrojarla sobre los particulares para enervar la respiración

económica? Nó, su correcto empleo sería sustituirlo por la moneda de níquel.

El papel de nueva circulación es el mismo papel moneda con sus desventajas mismas: No tiene representación, no confiere derechos, no es convertible en oro, en una palabra no origina conveniencias económicas. No por esto deja de tener sus ventajas comerciales—como pudiéramos llamarlas—tales como el restablecimiento de la verdad en la cuestión, la escasez de falsificación debido al buen papel y a tintas firmes y la uniformación de la moneda, como también ventajas de higiene.

Se ha creído «que hemos pasado del régimen de papel depreciado, al régimen de papel sin depreciación». No hay tal, este papel nuevo está sujeto a la misma fluctuación que el anterior.

En resumen: El mal existe, el papel no deja de ser el ideal de la mala moneda, el mayor peligro que idea la autoridad de un país. «Es en lo moral lo que la peste en lo físico» como lo calificó un ministro en tiempo de Napoleón I.

MEDICINA LEGAL

¿Cuál es la base científica de apreciación respecto a la incapacidad que puede tener un herido? Problema es este tan incierto como el criterio individual en materia de suyo tan compleja por ser preciso tener en cuenta la situación de la herida, su extensión, su profundidad, la calidad del arma, la salud del herido, su edad, sus recursos, la oportunidad del tratamiento etc. etc.

El estudio de la medicina legal y la observación, muchísimo pueden ayudar al juez y al abogado, en materia tan delicada, para separarse del dictamen, para pedir explicaciones o para exigir el fundamento del concepto. Pero descuidado ese estudio, e incapaces de una mediana observación por la rutina de respetar más que a la ley el dicta-

men de los médicos, ha resultado que la administración de justicia en lo criminal está más atrasada que el Código de la materia. Contribuye a ello, como única circunstancia atenuante, la natural insuficiencia de los que nos dedicamos a otros estudios que los de la medicina para poder apreciar una incapacidad desde el punto de vista científico; y la consiguiente obligación de atenernos a lo que dos peritos conceptúen.

Por vía de observación, publicamos hoy la sentencia del Sr. Juez 2.º de Circuito en lo criminal—doctor en Jurisprudencia y a la vez en Medicina—en que abiertamente se rechazan varios dictámenes periciales; y para completar esa observación—único estudio que puede servir de norma de criterio propio a quien desee adquirirlo—complementamos la sentencia con la publicación de las exposiciones respectivas.

En nueve de Noviembre de 1914 se presentaron los peritos, Sres. Dr. Luciano Restrepo y Jaime J. Orozco, quienes bajo del juramento que han prestado dijeron: Ayer reconocimos a E. V. y le encontramos una herida punzante a nivel de la doceava costilla, de dos centímetros de longitud y que interesó piel y tejido celular; otra cortante a nivel de la región cubital inferior del antebrazo derecho, que mide cinco centímetros de longitud, y que interesó piel y tejido celular, muscular, y un ramal arterial. La incapacidad será mayor de ocho días sin exceder de treinta—Verdad y firman—EURIQUIO AGUDELO, DR. LUCIANO RESTREPO I., JAIME J. OROZCO, MANUEL A. DELGADO M.

En nueve de los mismos Noviembre de 1914 se presentaron los Sres. Dr. Luciano Restrepo y Jaime J. Orozco, quienes bajo del juramento prestado dijeron: Ayer reconocimos a A. U. a quien le hallamos una herida en la parte media y anterior del muslo derecho,

que mide diez centímetros de longitud, dirigida transversalmente, interesó piel tejido celular muscular y un ramal arterial; producida con instrumento cortante y punzante. La incapacidad será mayor de ocho días sin exceder de treinta—Verdad y firman—EUTIQUIO AGUDELO, Dr. LUCIANO RESTREPO I., JAIME J. OROZCO, MANUEL A. DELGADO M.

En dos de Diciembre de 1914 se presentaron los peritos Señores Dr. Luciano Restrepo y Jaime Orozco, quienes bajo juramento expusieron: Hemos venido reconociendo periódicamente a los heridos E. V. y A. U; continúan incapacitados—Verdad y firman—EUTIQUIO AGUDELO Dr., LUCIANO RESTREPO I., JAIME J. OROZCO, MANUEL A. DELGADO M.

En doce de Diciembre de 1914 se presentaron los peritos Señores Dr. Luciano Restrepo y Jaime J. Orozco quienes bajo la gravedad del juramento prestado dijeron: Hemos reconocido a E. V. en quien cesó la incapacidad desde el diez del presente mes, es decir, que la incapacidad definitiva fue de treinta y dos días. Le queda una deformidad física consistente en una cicatriz que consideramos como levisima y que en parte puede taparse con la manga del saco. No tuvo gastos de curación porque tanto los materiales como el servicio médico le fueron suministrados por la oficina de Accidentes—Verdad y firman—EUTIQUIO AGUDELO Dr. LUCIANO RESTREPO I., JAIME J. OROZCO, MANUEL A. DELGADO M.

En catorce de Diciembre de 1914, se presentaron los peritos Dr. Luciano Restrepo y Jaime J. Orozco, quienes bajo juramento dijeron: Hemos venido reconociendo periódicamente a A. U. quien continúa incapacitado.—Verdad y firman—EUTIQUIO AGUDELO Dr.

LUCIANO RESTREPO I., JAIME J. OROZCO, MANUEL A. DELGADO M.

En nueve de Enero de mil novecientos quince se presentaron los peritos Sres. Dr. Luciano Restrepo y Jaime J. Orozco, quienes bajo juramento dijeron: Hemos reconocido a A. U. que permaneció incapacitado cuarenta y cuatro días durante los cuales observó buen régimen curativo y dietético. Ha quedado sin lesión ni deformidad física, y conceptuamos que haya podido gastar en su curación cinco pesos oro—Verdad y firman—EUTIQUIO AGUDELO, Dr. LUCIANO RESTREPO I., JAIME J. OROZCO, MANUEL A. DELGADO M.

*Juzgado 2.º del Circuito en lo criminal.—Medellín,
Octubre veintiuno de mil novecientos quince.*

Ha encontrado el suscrito muy extraño y contrario a la experiencia varias veces secular confirmada por la ciencia Médica, que la herida de A. U., causada en un muslo con instrumento cortante, haya producido incapacidad por espacio de cuarenta y cuatro días, tiempo que no tarda en sanar ni la desarticulación del femur con ser muy complicada y de grandes desgarramientos.

Una de dos cosas: o no hubo tratamiento científico; o la incapacidad no llegó a treinta días.

Y como es punto de grande importancia éste, se dispone que los Dres. Uribe W. y Jorge Sáenz hagan un estudio de reconocimiento de dicha herida y expongan razonadamente su concepto.

SAMUEL COCK, *Bernardo Hoyos A. Srio.*

En veintiocho de los mismos, los Médicos legistas Dres. Juan Uribe W. Jorge Sáenz, bajo la gravedad y del juramento que tienen prestado expusieron: El dile-

ma que formula el Sr. Juez 2.º del Circuito en lo Criminal, considerado en términos generales con aplicación a la mayor parte de los casos que se presentan, es evidente; y así lo hemos observado nosotros; pero también nos dice la experiencia que en casos excepcionales el proceso de reparación de los tejidos tiene una demora mayor que la ordinaria, a pesar de mediar un tratamiento racional y científico bien dirigido, cuando intervienen causas especiales como una hemorragia demasiado abundante que deja a la persona con un débil vigor orgánico para reaccionar en su acción vital defensiva, o una infección inevitable a veces con la mayor asepsia o antisepsia que principia con una arma excepcionalmente infectada, o que está sostenida por algunos gérmenes que ya existen en el mismo organismo comprometido con un traumatismo.

La herida que sufrió A. U. fue grave por su extensión y dirección. Por esto último hubo necesidad de practicar sutura muscular. Fue cuidadosamente tratada con la actividad necesaria por médicos verdaderamente competentes; y a pesar de esto su curación se demoró cuarenta y cuatro días, debido indudablemente a la gran hemorragia que tuvo el paciente según se nos informa, y a un elemento séptico previo que tomó parte activa sin que fuera posible combatirlo del todo. En este caso como en otros semejantes, aceptamos la teoría de los hechos cumplidos, y en consecuencia conceptuamos lo mismo que el Dr. Luciano Restrepo y el Sr. Jaime J. Orozco según su exposición a f. 19 vto. Que lo expuesto es la verdad y firman.

SAMUEL COCK, JORGE SAENZ, JUAN URIBE W., *Bernardo Hoyos A.* Srío.

*Juzgado 2.º del Circuito en lo Criminal.—Medellín,
Noviembre doce de mil novecientos quince.*

Vistos: Este Juzgado abrió juicio criminal en providencia de veintitrés de Abril del año en curso, contra R. Z. P. por doble delito de heridas en las personas de E. V. y A. U. y contra el nombrado V. por riña habida con Z. P. En el proceso no se ha incurri-

do en informalidad capaz de anularlo, pues se han observado en su secuela las disposiciones pertinentes.

Se entra, por tanto, a dictar el fallo que corresponde en esta primera instancia, previas algunas consideraciones necesarias.

Innegable es el cargo que se dedujo contra Z. como heridor de V. y de U: ello aparece legal, suficientemente comprobado en autos.

Al estudiar con cuidado las probanzas sobre los hechos, se llega al convencimiento de que entre Z. y V. hubo dos incidentes perfectamente distintos y separados.

A la verdad: cuando V. ganó a Z. una apuesta al billar, éste se disgustó y ofendió a aquél, siguiéndose una riña a pescozones que no pasó de allí porque fueron separados los reñidores.

Cinco minutos después, según unos testigos, y veinte según otros, al presentarse Z. de nuevo en el lugar del suceso, reclamando algo, sin dirigirse inmediatamente a su contrario V. éste se lanzó sobre él dándole golpes, a los que contestó en la misma forma el agredido y fue allí donde éste causó las heridas a su agresor y a A. U. que trató de separarlos nuevamente.

¿Llegó Z. con intención de reñir u ofender de nuevo a V.? De ninguna manera lo demostró, pues ni siquiera se dirigió a él en su reclamo; y si sobre ese punto dejara duda el proceso, ésta favorece a Z. en Ley y en justicia.

Así pues, Z. hirió a V. en el acto de recibir de éste golpes y maltratamientos.

Cuanto a la herida de U. es evidente que no puede considerarse como voluntaria; más tampoco como excusable del todo o casual e inevitable.

El Juzgado vacila al resolver si debe atenerse con respecto a dicha herida al artículo 660 del Código Penal o al 662, pues ambos pueden aplicarse correctamente y cree que en tal caso es lo más lógico y equitativo aplicar la disposición última que entre las dos, es la más favorable a los intereses del reo.

Ahora: ocurre otra cuestión de grande importancia, relativa a la incapacidad que el herido U. sufriera. Dicen los peritos que reconocieron a U. que estu-

vo incapacitado por cuarenta y cuatro días, habiendo observado buen régimen curativo y dietético.

Estimó el Juzgado que dicho concepto era contrario a la experiencia y a los principios de la ciencia Médico-quirúrgica y, en tal virtud dispuso que los Médico-legistas Sáenz y Uribe W. dictaminasen sobre punto de tanta trascendencia para el acusado; pero este segundo dictamen, salió peor si se quiere que el primero, más también con menos fundamento científico y por lo mismo más desechable.

Efectivamente: el dilema que formuló el Juzgado al llamar a los Médico-legistas, lo reconocen estos como *evidente*, en términos generales, y luego dicen que la experiencia les ha mostrado que en casos *excepcionales* el proceso de reparación de los tejidos tiene una demora mayor de la ordinaria, a pesar de mediar un tratamiento racional y científico.

Y es que los Señores Médico-legistas fundan su concepto en la sinrazón de los *hechos excepcionales*, debido a influencias extrañas a la naturaleza misma de la herida; y es que los Señores Médico-legistas parece que ignoran que la Ley no tiene en cuenta sino la naturaleza misma de la herida y no las causas extrañas que puedan influir perniciosamente en el proceso de reparación. Porque en ciertos casos la hemorragia excesiva puede dejar tan agotado el organismo, que el trabajo de reparación puede ser un tanto demorado, sobre todo en un anciano o en un organismo en decadencia por causas patológicas.

Pero en el caso de U. joven robusto, que no perdió nunca dos litros de sangre a menos de ser hemofílico porque no pudo perderlos por el canal arterial que se seccionó que es de poco calibre, y porque atendido oportunamente por el Médico de accidentes no cabe suponer que se produjera una anemia general suficiente para poner su organismo en estado de no poder defenderse fisiológicamente contra un traumatismo que ningún Cirujano considera como grave, sino todo lo contrario.

Dada la constitución de U. la sangre que perdería al ser herido, se repuso con creces en ocho días según lo ha comprobado la Ciencia Médica en casos análogos y, todavía quedarían treinta y seis días para cca-

plarse los músculos seccionados!! Extraño, fenomenal, caso inaceptable para quien tiene observaciones y datos irrefutables en contrario, a más de la estadística de la Oficina de Accidentes, datos y observaciones que constituyen materia de tesis para doctorado en Medicina y cirugía, aprobada por los primeros Cirujanos del Departamento y que por lo constantes han establecido doctrinas fundadas admitidas sin discusión entre los doctos.

«Infección inevitable a veces con la mayor asepsia y antisepsia, que principia con un arma excepcionalmente infectada o que es sostenida por algunos gérmenes que ya existen en el mismo organismo».

Pero una herida que interesó tejido celular y muscular solamente, que no lesiona el hueso, ni siquiera toca el periostio y que está lejos de las articulaciones; que empieza a tratarse a poco de ser causada en un organismo sano, joven, de buena complexión; que mide apenas 10 centímetros de longitud y que es producida por arma cortante sin mortificar los tejidos adyacentes, por lo mismo. es de las heridas que todos los tratadistas de Cirugía y de Medicina Legal, clasifican entre las que cicatrizan por primera intención, esto es en menos de ocho días.

Porque lo primero es la desinfección de la herida, y se sabe de años atrás por todos los prácticos que entre otros muchos medios la aplicación de tintura de yodo *desinfecta* cualquier herida en el término de treinta seis horas a lo más, con tanta seguridad que nadie osa discutirlo y es la práctica salvadora hoy en la guerra Europea, como lo claman más de cien revistas que de allí llegan y que basta leer para convencerse de que no hay infección alguna que no se combata en pocas horas tratándose de heridas, y cuenta que allá se trata de heridas de metralla que son muy más graves que las heridas de arma cortante.

Vese, pues, que, como lo manifestó el Juzgado al principio, el dictamen de los Médicos reconocedores y de los Médico-legistas no está fundado en principios de ciencia o arte y que estimándolo erróneo, el suscrito Juez lo rechaza en interés de la justicia, que por lamentable error podría lesionarse gravemente.

Así pues, se considera que la herida de A. U. pro-

dujo incapacidad mayor de ocho días y menor de treinta y por ella corresponde al reo Z. P. la pena de ocho días de arresto y ser apercibido (artículo 662 del Código Penal).

Por lo que hace a las heridas de E. V. conceptuaron los peritos que produjeron incapacidad por más de treinta días y quedó una deformidad levisima consistente en una cicatriz que quedó cubierta con la manga del saco o de la camisa.

Esta clase de deformidades no las admite, con razón, el Tribunal y por lo que hace a la incapacidad, pudieran hacerse las mismas consideraciones que con respecto a la de A. U. aunque en aquel caso se ha demostrado que no hubo buen régimen dietético.

De acuerdo con lo sostenido anteriormente sobre heridas de arma cortante que solo interesan tejidos blandos y no hueso o articulación, el Juzgado, en vista de la naturaleza de las heridas, estima que dicha incapacidad no debió exceder de ocho días, siendo aplicable la disposición del artículo 648 en relación con el 660, ambos del Código Penal.

Los delitos se califican en tercer grado.

En virtud de lo que se deja expuesto el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, falla:

1.º Condénase a R. Z. P., por los delitos que se le dedujeron en el auto de proceder, a sufrir la pena de un mes y diez y ocho días de reclusión que cumplirá en el establecimiento respectivo de esta ciudad; a la privación perpetua de los derechos políticos; a perder todo empleo público y toda pensión o sueldo que dependa del Gobierno; a perder el arma con que cometió el delito en favor de la Nación; a pagar a E. V. la cantidad de treinta y dos pesos oro (\$ 32) y a A. U. la suma de veintisiete pesos oro (\$ 27) en que fueron estimados los perjuicios y al pago de las costas procesales.

2.º Cóndenase a E. V. a sufrir la pena de diez días de arresto en la Cárcel de esta ciudad.

Notifíquese.—SAMUEL COCK.

Bernardo Hoyos, Srío.

ENCUESTA

Contestaciones.

José Luis MOLINA M.

Forman parte del Poder Judicial los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo?

Cuestión palpitante y de actualidad es la presente, y su solución, ya en un sentido u otro, entraña, o bien inexecutableidad de una Ley y un Decreto, o bien contradicción entre la Constitución y algunas Leyes; por eso el Centro Jurídico cumpliendo uno de los fines que se ha propuesto, la acoge y la presenta como tema de discusión, llamando a los iniciados y a los que se inician en la Ciencia del Derecho, para que aporten sus luces en el conflicto que hoy se suscita entre los tres Poderes Públicos, conflicto que hasta el presente no ha tenido resolución constitucional satisfactoria, ya que la legal la impusieron el Poder Legislativo con la Ley 87 de 1915 (Diario Oficial N.º 15.677), y el Ejecutivo con el Decreto N.º 23 de 5 de Enero de 1915 (Diario Oficial N.º 15.388) y el Judicial confirmó esta teoría, por medio de la Corte Suprema, en sentencia de 15 de Julio p. pdo. (Gaceta Judicial Nos. 1.199 y 1.200), imposición que en mi sentir es anticonstitucional, pues aparta de la jerarquía Judicial a estos Tribunales, enrollándolos en ese vasto campo que se denomina Poder Administrativo, privándoles así de las garantías de independencia y libertad de que goza el Poder Judicial.

Desde luego, advierto que no entro a discutir a fondo la cuestión por el lado teórico, pudiendo ser este tema materia de otro artículo; sólo procuraré demostrar la tesis desde el punto de vista práctico, tal como se encuentra en nuestra Constitución y en las Leyes que reglamentan este ramo, basado, en parte, en el argumento que en sana lógica judicial se denomina *A ratiōne legis*, tomando de las exposiciones que sirvieron de fundamento a la Ley 130 de 1913, razones, para mí, poderosísimas e indiscutibles.

Dos, pues, son los puntos de vista que presenta la

cuestión: el teórico y el práctico. En cuanto al primero, sostienen, notables expositores de Derecho Administrativo y comentaristas y sostenedores del Poder Judicial, entre los cuales van a la vanguardia, del primero Maurice Hauriau, y del segundo Montesquieu, la separación de las dos Jurisdicciones, haciendo depender a la Administrativa del Poder Ejecutivo, teoría con la cual estoy perfectamente de acuerdo y en la cual están basadas la Ley, el Decreto y el Fallo, de que antes hice mención. En síntesis, la encuesta, para mayor claridad, debió comprender estas dos cuestiones: ¿«Los Tribunales Seccionales del Contencioso-Administrativo y el Concejo de Estado, en sus atribuciones de Tribunal Supremo, forman parte del Poder Judicial, según nuestra Constitución, los Actos Legislativos que la reforman y las Leyes que reglamentan esa jurisdicción»? ¿«Los mismos, teórica y científicamente hablando, pertenecen al Poder Judicial?». A las cuales se podría contestar con una afirmativa rotunda a la primera, y con una negativa, también rotunda, a la segunda. Entro a probar la afirmativa, resolviendo así, en la medida de mis esfuerzos, la cuestión propuesta.

Los preliminares del conflicto tuvieron su origen en la Corte Suprema, cuando en sentencias contradictorias, reconoció al Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo como parte integrante del Poder Judicial en sentencia de 15 de Diciembre de 1914, quitándole este carácter al Consejo de Estado, cuando por ministerio del numeral 3.º del artículo 6.º del Acto Reformatorio del 10 de Septiembre de 1914 adquirió las atribuciones que correspondían a dicho Tribunal, en sentencia de 15 de Julio último en donde declara exequible el Decreto N.º 23 de 5 de Enero de 1915.

Pregunto ahora: las razones que tuvo en cuenta la Corte, que para mí son potísimas, para sostener la primera teoría, no servirían para reconocer al Consejo de Estado, en sus atribuciones respectivas, como parte integrante del Poder Judicial?—Indudablemente, pues no hubo sino un cambio de nombres que no obedió a otra causa que a la palpitante de economías.

El artículo 6º de la Constitución expresa claramente que el Poder Judicial, *no sólo lo ejercen* la Corte Suprema y los Tribunales Superiores, *sino* los demás Tribunales y Juzgados *que establezca* la ley. Nuestros Legisladores interpretando y dando cumplimiento a este canon constitucional crearon la Ley 130 de 1913 que reglamentó lo Contencioso-Administrativo, dándole forma práctica, al artículo 164 de la Constitución, incluido en el título XV, que trata de la «Administración de Justicia», luego como consecuencia estricta, los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo pertenecen al Poder Judicial.

A esta primera razón, que aduzco en pro de mi tesis, se cita con tesón el artículo 1.º de la ley 100 de 1892, que dice textualmente: «La administración de Justicia se ejerce de un modo *permanente* por los Tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema, los Tribunales Superiores, los Jueces Superiores, los Jueces de Circuito y los Jueces Municipales».

«En casos especiales se ejerce por el Senado, el Concejo de Estado, los Tribunales Militares, las autoridades administrativas y aún, por personas particulares en calidad de jurados, árbitros etc., que suelen participar en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones, ni la participación ocasional en ellas, incluya a tales entidades, ni a los empleados que la componen, ni a los citados particulares en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial». Aparte, de que la Ley 130 es posterior a ésta, analizando el contexto del segundo inciso, puede observarse que nada desvirtúa lo sostenido, pues expresa, y terminantemente acentúa *lo transitorio y lo ocasional de esas funciones*, para no dar cabida en el Poder Judicial a entidades que las ejerzan en tales circunstancias, más es bien sabido que cuando se expidió la Ley 100 de 1.892 el Concejo de Estado las tenía con ese carácter y por eso no quedaba incluido en dicho Poder; pero hoy, cuando esta entidad, que tiene las atribuciones que la ley 130 de 1913, le confirió al Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, y los Tribunales Seccionales las ejercen principal y permanentemente, corresponden, sin que puedan incluirse en otra, a esa jerarquía.

El artículo 15 de la ley 72 de 1890, declara que la Administración de Justicia pertenece al Poder Judicial, y la Constitución en su Título XV, al tratar de aquélla, y después de reglamentar todo lo concerniente a ese ramo, incluye al final de él la disposición del artículo 164, disposición que hizo preceptiva el artículo 42 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910, según la cual el Legislador podía establecer la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Por qué no incluyó esa disposición en los varios capítulos concernientes al Poder Ejecutivo, o en otro que tratara de un ramo separado? Por qué el Título XI de la Constitución, no dice nada a ese respecto? Porque consideró esa Jurisdicción perteneciente al Poder Judicial.

La Corte Suprema, en su última sentencia de 15 de Julio p. pdo., en la cual echó por tierra la de 15 de Diciembre de 1914 que sostenía la tesis que pruebo, se basa principalmente en que a lo Contencioso-Administrativo, no están sometidas «las controversias judiciales *propriamente dichas*, sino que su acción va encaminada a estudiar y revisar ciertas providencias de algunos funcionarios administrativos del Estado»—Cuál es el límite de la frase *propriamente dichas*?, pues, entiendo que el término no es absoluto.—Entre las materias que regula la ley 130 no hay muchas que tienen esos caracteres? Además, los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, no libraron de muchas cargas a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial? En virtud de qué jurisdicción conocían los últimos sobre la nulidad de los Acuerdos Municipales objetados por los Gobernadores y que hoy conocen privativamente los primeros?—Y, por último, esa frase, no es el límite confuso que sirve de base a las competencias negativas que a diario se suscitan entre los citados Tribunales?

Por otra parte, el calificativo de *administrativa*, en el cual hacen hincapié los sostenedores de la tesis contraria y que a su modo de ver decide la cuestión con entera claridad, especificando el ramo al cual pertenece, no es en mi sentir, razón decisiva en el asunto, antes bien contribuye a reforzar mi convicción a ese respecto. Entiéndase que a dicho calificativo va unida estrechamente la palabra *jurisdicción* y dicho enlace no puede tener otro sentido, como dice Ortolán, que

el mismo en fuerza del cual se dice, como puede verse con otras jurisdicciones: v. g. la comercial, la militar etc., que no son sino materias especiales a las cuales se aplica la jurisdicción, y nunca como declaración de un derecho estrictamente comprendido entre los dos Poderes en que se divide la Administración Pública.

Para finalizar, creo por las razones expuestas anteriormente, que los dirigentes de los Poderes Públicos en Colombia, que en distintos documentos han sostenido la separación de lo Contencioso-Administrativo del Poder Judicial, no han tenido más razones que los principios teóricos y científicos en que se basan las Ciencias denominadas Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, tratando así de resolver contradicciones creadas por la Ley 130, razones que constitucionales, legales y prácticamente hablando y, tales como están concebidos y relacionados el artículo 60 de la Constitución, el artículo 164 de la misma y el artículo 42 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910, incorporados en el Título XV, en relación con el artículo 15 de la Ley 72 de 1890, la Ley 100 de 1892 y por último la misma Ley 130 de 1913, carecen de valor jurídico.

Medellín-II-XV-XVI

Rafael H. DUQUE—José U. MUNERA

I ¿Forman parte del Poder Judicial los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo?

II Si no forman Parte del Poder Judicial ¿es constitucional la facultad que les confieren los artículos 38, ordinal a, y 39, ordinal a, de la ley 130 de 1913?

I

En nuestra opinión, el primer postulado debe contestarse con una negativa rotunda.

Quienes sostienen que los Tribunales contencioso-administrativos forman parte del Poder Judicial, invocan como argumento los artículos 60 y 164 de la Constitución y la Ley 130 de 1913. Tal tesis la preconiza el Honorable Tribunal Administrativo de Medellín.

Justamente, las precitadas disposiciones constitucionales y legales son el sustentáculo de nuestro dictamen.

Y en verdad, porque ni es dado suponer que los Constituyentes de 1886 incidiesen en un pleonismo legislativo de inutilidad tan notoria como el que se encerraría en los artículos 60 y 164 de la Carta Fundamental, pues, si la intención del Constituyente hubiese sido la de colocar la jurisdicción contencioso-administrativa en la jerarquía judicial, el artículo 164 implicaría una redundancia inoficiosa, desprovista de objeto, dada la regla amplísima contenida en el artículo 60 al declarar que pertenecen al Poder Judicial «la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley». (*)

Y es más inadmisibles tan descabellada suposición cuanto que sería inferir a los ilustres Delegatarios de 1886 la injuria de ignorar la precisa concepción jurídica de las distintas ramas del Poder Público; de confundir las órbitas de jurisdicciones diversas como la judicial y la contencioso-administrativa; de total desconocimiento de la filosofía del lenguaje, al menos, cosa imposible habida cuenta de que la redacción del Estatuto Nacional fue obra del insigne Miguel Antonio Caro.

De admitir semejante lógica habría de concluirse que las Cámaras de Comercio creadas por la Ley 111 de 1890 y el Jurado instituido por la Ley 57 de 1887, forman parte del Poder Judicial, en virtud de los artículos 162 y 163 de la Constitución, contra lo sentado por la citada Ley 57, dictada por el mismo Consejo de Delegatarios que expidió la Constitución, y por la Ley 100 de 1892.

Regla de hermenéutica legal consagrada por nuestro Derecho positivo es la de que la correcta interpretación de las disposiciones legales debe tener por base, no sólo el fijar el sentido preciso de las reglas y disipar las oscuridades de los textos, sino también, lo que no es menos importante, hacer comprender su verdadero espíritu que la informa de perfecta unidad y armonía entre todas y cada una de sus partes; y de seguirse

(*) Subrayamos

la teoría que impugnamos, consecuencialmente se llegaría a la absurda conclusión de haber violado el Constituyente el principio de limitación e independencia de los Poderes Públicos. Probamos a demostrarlo:

Al Consejo de Estado desde su fundación en 1886, como desde su restablecimiento en 1914, se le asignó, entre otras, la función de Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo (artículos 141, ordinal 3.º de la Constitución, 98 del C. P. y M. de 1888, y 6.º, ordinal 3.º del Acto Legislativo de 1914, reformativo de la Constitución). y si a esa elevada Corporación se la hubiese considerado como entidad judicial por los Constituyentes de 1886 y por el Congreso de 1914, apenas se daría ejemplo de más palmaria infracción del principio de limitación y autonomía de los Poderes Públicos que la de hacer formar parte de aquel Cuerpo al Vicepresidente de la República, primero, y al Designado, después, nada menos que con el elevado puesto de Presidente nato de la Corporación, y la de hacer intervenir a ésta, como Cuerpo Consultivo, en asuntos de la privativa competencia del Poder Ejecutivo (artículos 136 y 141, ordinal 1.º de la Constitución de 1886 y 1.º y 6.º, inciso 1.º del Acto Legislativo de 1914, reformativo de la Constitución).

De lo dicho, y de otras razones que podríamos aducir, se desprende de manera incontestable que el Consejo de Estado es una entidad que pertenece a la rama administrativa del Poder.

Si esta consecuencia no puede revocarse a duda por quien conozca siquiera someramente los principios elementales de Derecho Constitucional y Administrativo, ineludiblemente se impone la conclusión de que los Tribunales Administrativos no forman parte del Poder Judicial, a menos de admitirse el inconcebible adesio de ser revisados los fallos de una autoridad judicial—los Tribunales Seccionales—por una autoridad administrativa—el Consejo de Estado—, contra el principio de la separación de los Poderes Públicos.

*
* *

Abandonado el campo constitucional y situados en el terreno legal, no es menos palmaria la demostra-

ción de la tesis que sustentamos, si se analiza la Ley 130 de 1913.

Los artículos 22, ordinal *n* y 42 ordinal *c*) al conferir al Consejo de Estado, como Tribunal Supremo, y a los Seccionales la facultad de comisionar a las autoridades o empleados *administrativos*, de igual o inferior categoría a la de los Gobernadores, para la práctica de las diligencias necesarias en el ejercicio de sus funciones, claramente indican que dichos Tribunales pertenecen a la rama administrativa del Poder, pues que no pueden comisionar a los Jueces de Circuito, pero ni a los Jueces Municipales, funcionarios que no hay duda pertenecen a la jerarquía judicial, y ello se explica en virtud del principio constitucional de la separación de los Poderes Públicos y de la especial independencia de que se ha revestido al Judicial.

Más preciso se manifiesta el espíritu de la Ley en el artículo 1.º que determina los negocios que caen bajo la jurisdicción contencioso-administrativa, pues circunscribe la misión de ésta a «la *revisión* de los actos de las Corporaciones o empleados *administrativos* en el *ejercicio de sus funciones*, (*) o con pretexto de ejercerlas», y se patentiza mejor si se establece la relación entre el artículo 1.º citado y el artículo 93 que estatuye: «las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo son obligatorias y no están sujetas a *revisión* por parte de la *justicia ordinaria*»; (*) porque para nadie es un misterio que la justicia ordinaria es la que constituye el Poder Judicial, pues no ha de olvidarse que, la circunstancia de ejercer un empleado o entidad actos de justicia, en manera alguna lo coloca en la jerarquía judicial y aun puede ocurrir que ni ejerza funciones judiciales. Así, los jefes de Policía que ejecutan actos de justicia en la aplicación de las ordenanzas que reglamentan el Ramo con el castigo de las contravenciones de policía, ni forman parte del Poder Judicial, ni ejercen funciones judiciales.

(*) Subrayamos

*
* *

El Derecho positivo colombiano sienta como base para la correcta interpretación de las disposiciones legales dudosas, el estudio de la historia fidedigna de su establecimiento, y esa norma legal tiene cabal aplicación en el caso que estudiamos.

Los antecedentes de la Constitución de 1886 y de la Ley 130 de 1913 dan la razón a nuestra tesis:

Que los Delegatarios de 1886 sí tenían noción clara de lo que es la jurisdicción contencioso-administrativa, y que, en consecuencia, la mente del Constituyente, al aprobar el artículo 164 de la Carta Fundamental, fue la de establecer una jurisdicción distinta de la judicial, lo demuestran el texto del artículo 21 del Proyecto, propuesto por Don Miguel Antonio Caro, que no se aprobó por haber resuelto después, a moción del mismo señor Caro, dar facultad a la Corte Suprema de Justicia para anular las leyes inconstitucionales; y las palabras del inspirador y redactor del Estatuto Nacional, al discutirse ese artículo:

«Artículo 21—La potestad reglamentaria no constituye derecho contra las leyes, ni las leyes contra la Constitución. En consecuencia, *los Tribunales* (*) que hayan de actuar en asuntos *contencioso-administrativos* (*) prestarán defensa a los particulares agraviados por *providencias de la administración*; y LA AUTORIDAD JUDICIAL (*) protegerá a las personas contra los abusos de *cualquiera de los Poderes públicos*».

Hé aquí las palabras del señor Caro, en lo pertinente:

«Los particulares agraviados por providencias administrativas podrán ocurrir siempre a los Tribunales *ordinarios*, (*) según la práctica anterior, o a los *especiales* (*) contencioso-administrativos que *por la ley podrán crearse*, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Proyecto» (el 164 de la Constitución).

Y que la mente del Legislador de 1913, al crear la jurisdicción contencioso-administrativa, fue la misma del Constituyente, lo prueban estos antecedentes

(*) Subrayamos

auténticos de la Ley, reveladores de su espíritu:

La Comisión de Abogados Auxiliares, autora del Proyecto presentado a las Cámaras en 1911 por el Ministro de Gobierno, compuesta de juristas de la reputación de los Doctores José María González Valencia y Eduardo Rodríguez Piñeres, en la exposición de motivos acompañada al Proyecto, aduce estas razones:

«Hecho el análisis precedente sobre una serie de cuestiones que *evidentemente deben escapar a la intervención del Poder Judicial*, (*) puede generalizarse ya la teoría o tesis jurídica y concluir admitiendo no sólo la conveniencia, sino la necesidad de una jurisdicción *independiente* (*) que reúna, mediante el establecimiento de un orden gerárquico, las funciones que hoy tienen ciertas Corporaciones que no son del orden judicial y que sustraiga a *este orden* (*) la decisión de otras que no deben ser de su resorte».

La Comisión del Senado que informó en 1911 para segundo debate del Proyecto, formada por los eminentes jurisconsultos Doctores Antonio José Cadavid y Rafael Uribe Uribe, trae estos conceptos:

«...Y era muy natural que la Revolución Francesa trajese la consecuencia del establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, porque la misma Revolución, que derrocó el régimen antiguo fundado en la plenitud de la soberanía nacional residente en el rey, consagró el canon fundamental, incorporado en el Derecho político moderno, de la separación de los Poderes Públicos.

«Quiere decir que la Jurisdicción a que nos referimos se funda en el principio elemental, no disputado hoy en los pueblos de régimen Constitucional, de la separación de los poderes públicos. Más concretamente: la jurisdicción contencioso-administrativa tiene su fundamento esencial en la *separación*, en la *independencia* (*), que debe haber entre la *rama administrativa* (*) y la *rama judicial* del Poder Público, y como la Constitución que hoy rige en Colombia, de igual manera que todas las que han regido durante nuestra vida de nación independiente, consagra el principio de

(*) Subrayamos

dicha separación de poderes, es claro que se impone el establecer la jurisdicción de que se trata para asegurar y garantizar el derecho individual. . . .

«La justicia administrativa—como lo observa Barthelemy—no es una desmembración de la jurisdicción judicial. Es el órgano jurisdiccional con que el Poder Ejecutivo impone a la Administración el respeto del Derecho. Los Tribunales administrativos no arrebatan el papel de la autoridad judicial: son una de las formas en que se manifiesta el ejercicio de la autoridad administrativa. . . .

«La Constitución admitió como posible, como conveniente, el establecer la jurisdicción administrativa; pero quiso que fuese el Legislador el que tomase la determinación de establecerla cuando le pareciese oportuno. No así el Constituyente de 1910, el cual dispuso de modo imperativo la creación de aquella jurisdicción. Puede decirse con toda verdad que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo pertenece hoy al Derecho constitucional de Colombia, es institución jurídica fundamental, es rueda necesaria en la máquina de la Administración Pública».

Y la Comisión que en 1912 rindió el informe sobre las objeciones del Poder Ejecutivo al Proyecto de 1911 aprobado por las Cámaras, dice:

«...El principio constitucional de la separación de los Poderes Públicos, en vez de servir para considerar la jurisdicción contencioso administrativa como una rama del Poder Judicial, lo que hace es servir de fundamento para sentar *su independencia* (*) de esa rama.

«La primera exposición de los Abogados Auxiliares trae las siguientes palabras en que Depretis sintetizó una de las razones en que apoyó el restablecimiento en Italia de la jurisdicción contencioso-administrativa: «No se trata de invadir el dominio necesario a la autoridad judicial, sino de dar jueces a negocios que actualmente no los tienen. . . .»

«De donde se concluye que la institución de lo contencioso-administrativo viene a ser una rama especial del Poder público, en el orden administrativo, *com-*

(*) Subrayamos

pletamente distinta de la rama judicial; que sus funciones no hacen parte del Poder Judicial. . . .»

II

La contestación negativa al segundo postulado de la encuesta es consecuencia obligada de la anterior y de lo preceptuado por los artículos 151 de la Constitución y 57 y 63 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910; pero sólo en lo que se refiere a la nulidad de las Ordenanzas y Acuerdo.

Para no entrar en la exposición de razones propias, basta a nuestro objetivo hacer notar que la Comisión del Senado en su informe de 1912 propuso la improbación de los artículos del Proyecto que asignaban a los Tribunales Administrativos el conocimiento de los asuntos relativos a la nulidad de las ordenanzas y de los Acuerdos, porque constitucionalmente correspondía al Poder Judicial; que el Senado aprobó lo que ponía fin al informe de la Comisión y, en consecuencia, la Presidencia del Senado, en las sesiones de 1913, los declaró virtualmente negados, como lo negó también la Cámara de Representantes, y que si esas disposiciones aparecieron luego en el texto de la Ley 130 se debió a las graves irregularidades que a su expedición se observaron en el informe rendido al Gobierno por la Comisión Legislativa, informe del cual transcribimos estas solas palabras:

«Es de advertir que los dos Capítulos sobre nulidad de las ordenanzas y de los Acuerdos Municipales, que fueron negados por el Congreso de 1912, por razones de *orden constitucional*, (*) reaparecen en la Ley entre las disposiciones de dudosos antecedentes, antecedentes que dejamos enumerados».

UNA SENTENCIA

Por relacionarse con la Encuesta propuesta por esta Revista, publicamos a continuación los siguientes apar-

(*) Subrayamos

tes de una sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo de Medellín, dictada el 30 de Septiembre de 1915 en la demanda sobre nulidad del Art. 3º de la Ordenanza número 10 expedida por la Asamblea del Departamento de Caldas en sus sesiones de 1912.

«SENTENCIA dictada en el juicio relativo a la Ordenanza número 10 expedida por la Asamblea del Departamento de Caldas el 28 de Marzo de 1912.

Tribunal Administrativo Seccional.—Medellín, Septiembre treinta de mil novecientos quince.

[MAGISTRADO PONENTE, DR. ORTIZ]

Antes de determinar el modo como debe finalizar el presente asunto en esta instancia, se estima de necesidad volver sobre la cuestión jurisdiccional del Tribunal, porque aunque desde los primeros fallos proferidos la dejó asentada en firme y aunque ni él mismo, ni los demás Tribunales del País, ni el Supremo mientras actuó, ni el Consejo de Estado han objetado nada en el particular, recientemente esa situación jurídica ha sido turbada por sentencia de la Corte Suprema, que declara no ejercen los Tribunales Contenciosos poder judicial, no son autoridades de esta rama del Poder público (V. número 15,566 del *Diario Oficial*, correspondiente al 13 de Agosto del año en curso).

Si la Corte estuviera en lo cierto, los Tribunales no podrían conocer de demandas de nulidad de Ordenanzas y de Acuerdos Municipales, porque los artículos 57 y 63 del Acto Legislativo número 3 de 1910 atribuyen ese conocimiento a *autoridades judiciales*.

En concepto del Tribunal esa alta Corporación no está en lo cierto, y aunque lo estuviera, su fallo no obligaría, como no obliga, sino en el negocio en que se pronunció (artículo 17 del C. Civil). Ello no obstante, importa por lo menos oponerle a tal fallo las razones que aquél ha tenido y tiene presente para pensar y establecer lo contrario, esto es, que los tribunales si son autoridades judiciales, ejercen el poder judicial, y son por ende competentes para avocar el conocimiento de las demandas aludidas.

En sentencia de fecha 5 de Junio de 1914, la primera que profirió el Tribunal (V. *Antioquia*, número

729 del mismo mes), se expresó así, al estudiar el punto de jurisdicción, que había sido puesto en duda por el Sr. Juez 1.º del Circuito de Marinilla:

.... «podría decirse que de los Acuerdos toca conocer en todo caso a una autoridad judicial, por ser de mandato constitucional, y es por tal motivo oportuno averiguar qué resulta de la diferencia que se advierte entre el artículo 59 del Acto Legislativo número 3 de 1910 y el 126 de la Ley 4 de 1913. Dice aquél en su numeral 7.º, que el Gobernador debe pasar los Acuerdos inconstitucionales o ilegales a la *autoridad judicial* y estotro dice en el 8.º que debe pasarlos a la *autoridad competente* que lo es hoy la indicada en el artículo 38 de la Ley 130.

«En la pugna prima la Constitución; pero aquella circunstancia no existe porque los Tribunales Administrativos Seccionales ejercen el Poder Judicial, concepto éste que fundamenta el artículo 60 de la Constitución en el cual se expresa que el Poder Judicial lo ejercen la Corte Suprema, los Tribunales de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la Ley.

«Los Tribunales Seccionales Administrativos los ha creado la Ley; luego ejercen funciones del Poder Judicial».

Como este Tribunal de Medellín han pensado los restantes de la República, el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, según queda dicho.

Lo mismo pensó el Gobierno Nacional, puesto que declaró excluidos a los Magistrados de la rebaja de sueldos decretada por él, y puesto que las sentencias del Tribunal Supremo se insertaban en la SECCION JUDICIAL del *Diario Oficial*.

Aún más: la misma Corte Suprema, en sentencia de 20 de Octubre de 1913, que publican los números 1,177 y 1,178 de la *Gaceta Judicial* correspondiente al 30 de Marzo de este año, sostuvo justamente lo contrario de lo que ahora resolvió; y es de notar que en estos contrarios fallos figuran suscribiéndolos tres distinguidos jurisperitos.

Ninguna verdad jurídica más palmaria y evidente, por lo mismo, que la sostenida por este Tribunal, como quiera que según el artículo 60 de la Constitución ejercen el Poder Judicial, fuera de la Corte Suprema y

los Tribunales Superiores, *los demás Tribunales que establezca la Ley*. Y a nadie se le oculta que la Ley 130 de 1913 creó los Tribunales Contenciosos y reglamentó sus atribuciones.

La última sentencia de la Corte no paró mientes en el evidente artículo 60 citado, que excluye por la transparencia de su tenor literal, toda interpretación. Tanto es así, que no sólo no lo cita sino que declaró que los Magistrados de lo Contencioso están sujetos a la rebaja de sus asignaciones mensuales, a pesar de que el inciso segundo del artículo 160 de la Constitución reza de este modo: «No podrán suprimirse ni disminuirse los sueldos de los Magistrados y Jueces, de manera que la supresión o disminución perjudiquen a los que estén ejerciendo dichos empleos».

Ahora: si los artículos 38 y 39 de la Ley 130 de 1913 atribuyeron a los Tribunales Contenciosos el conocimiento de las demandas de nulidad de Ordenanzas y Acuerdos; tenemos la más autorizada interpretación, la del Legislador mismo, del artículo 60 de la Constitución y de los artículos 57 y 63 del Acto número 3 de 1910, contra la cual va el último fallo de la Honorable Corte Suprema.

En el supuesto de que ésta hubiera fallado jurídicamente ¿quién resolvería sobre esas demandas, estando como están vigentes estos artículos y los 38 y 39 citados?

Más: la Honorable Corte parte de la hipótesis de que como estos Tribunales no deciden sobre negocios de particulares no son autoridades judiciales; lo que parece erróneo, porque confunde una *especie* de poder judicial con *otra* y aún *con el género*.

En síntesis: este Tribunal que aplica la Ley bajo su responsabilidad, se considera con jurisdicción bastante para sustanciar y fallar este negocio, y si no entra en el fondo, es por los motivos que van a verse.

.....

VARIA

ENTRE LOS CIUDADANOS que se ocuparon en el salvamento de los efectos del Hotel América, en el incendio ocurrido en la ciudad el 28 del actual, pereció el Sr. Rafael Gómez Agudelo.

A su familia, y en especial a nuestro compañero Sr. José J. Gómez, Administrador de la Revista, enviamos nuestra sincera expresión de condolencia.

EN LA ULTIMA sesión del Centro Jurídico fueron nombrados: Presidente, Sr. Agustín Jaramillo; Vicepresidente, Sr. Germán Ocampo; Secretario, Sr. Eduardo A. Palacio; Tesorero, Sr. R. Escobar Isaza; Director de la Revista, Sr. Ignacio Duque; Administrador, Sr. José R. Vásquez.

EN EL PROXIMO NUMERO se publicará la conferencia que en el Centro Jurídico dictó el Dr. Pedro P. Betancourt.

CURSA en la H. Asamblea un proyecto de Ordenanza, en virtud del cual se arreglarán en forma debida los salones de audiencias de los Juzgados Superiores.

¡Que plausible idea!

Los salones mencionados, no pueden ser más incómodos ni más . . . inapropiados. Tendremos, pues, salones decentes, y no veremos más los cuartuchos de hoy, que bien han merecido la censura de la prensa. ¡Que el proyecto sea Ordenanza!

ESTUDIOS DE DERECHO

 FACULTAD DE DERECHO
 MEDALLIN - COLOMBIA
 BIBLIOTECA

Publicación del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

Director, IGNACIO DUQUE

Administrador, José R. VASQUEZ

Serie III

Medellín-1916-Abril

Nos. 35 y 36

INFORME

rendido por el Presidente del Centro Jurídico en la sesión del 24 de Marzo último

El artículo 5 de los Estatutos del Centro Jurídico impone la obligación al Presidente que termina su período, de rendir un informe acerca del estado actual del Centro y de las labores llevadas a cabo por sus socios.

En cumplimiento de este deber procedo a reseñar en seguida lo que vosotros y yo hemos hecho en estos cinco meses, durante los cuales, gracias a vuestra generosidad, me ha correspondido el honor de presidiros.

Empiezo por contradecir a quienes han creído que nuestra Sociedad, de un tiempo acá, ha venido a menos; a quienes nos han hecho el cargo de que hemos dejado alejar al Centro de su finalidad primitiva, a quienes, en fin, echan de menos en nosotros el entusiasmo que animara a los socios fundadores.

Lo anterior ensayaré a probarlo.

Se han dictado en el período que termina, con casi completa regularidad las conferencias que son de reglamento. En la mayor parte de ellas se han dilucidado importantes tópicos de derecho, tales como el marcado retroceso que en la legislación marca el pro-