

de Policía, al llegar a cualquiera de sus linderos, hará en alta voz el llamamiento prevenido, y pasados diez minutos procederá a entregar la finca al querellante.

Artículo 9°. En los casos en que en la finca no se encuentre persona alguna, se hará un inventario de las cosas que allí hubiere, suscrito por el Jefe de Policía y su Secretario, y se dejarán bajo el cuidado de un depositario que designará el Jefe de Policía.

Artículo 10. Los lanzamientos deberán practicarse después de las seis de la mañana y antes de las seis de la tarde, y toda su tramitación deberá constar por escrito y en papel sellado. La diligencia de lanzamiento se extenderá en un acta que firmarán el Jefe de Policía, el Secretario y los interesados y testigos que hayan concurrido.

Artículo 11. Si antes de practicarse el lanzamiento, el ocupante de la finca o heredad exhibiere un título o prueba que justifique legal y satisfactoriamente la ocupación, el Jefe de Policía suspenderá las diligencias de lanzamiento, quedando en libertad los interesados para ocurrir ante el Poder Judicial.

Artículo 12. Tratándose de ejecutar la acción de lanzamiento no hay necesidad de fijar cuantía para determinar la jurisdicción.

Artículo 13. La acción administrativa sumaria de lanzamiento prescribe en el término de seis meses, contados desde el último acto de violencia o desde que haya cesado la clandestinidad.

Artículo 14. El presente Decreto regirá sesenta días después de su publicación en el *Diario Oficial*. (1)

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a 5 de abril de 1923.

PEDRO NEL OSPINA.—El Ministro de Gobierno, José Ulises OSORIO.

(1) Fue publicado en el *Diario Oficial* del 11 de abril de 1923.

GARTNER & CARDONA S.

Dr. JORGE GARTNER—Dr. FRANCISCO CARDONA S.

Telégrafo: GERMANOS. Teléfono 9-9-4

SE ENCARGA
esta Casa de todo asunto
relativo a la abogacía.

Medellín-Colombia, S. A.
Calle de Ayacucho
Edificio «Mariano Uribe»,
Segundo piso.

ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

Director: IGNACIO NAVARRO O.

Administrador: L. NAVARRO OSPINA.

SUMARIO

José Luis López	2.333
Actos civiles y actos políticos, <i>Miguel Moreno J.</i>	2.336
Tribunal Administrativo Seccional.....	2.340
Derechos individuales, <i>Juan R. Jiménez H.</i>	2.342
Medicina Legal, <i>Jorge Sáenz</i>	2.346
Jurisprudencia Medicolegal, <i>Carlos Antonio Holguín</i>	2.349
Una cuestión de Personería.....	2.352
Malandanzas de una definición de la propiedad: El «Ius A-	
butendi», <i>Narciso Noguer</i>	2.357
Notas	2.363

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
MEDELLÍN
BIBLIOTECA
DIRECCIÓN

CENTRO JURIDICO DE LA ESCUELA DE DERECHO

DIGNATARIOS:

PRESIDENTES HONORARIOS: Dr. Alejandro Botero Uribe.
Dr. Clímaco A. Palau.
Dr. Marceliano Vélez.

Presidente, MANUEL M. CHAVARRIAGA.; Vicepresidente 1.º, CARLOS BETANCOURT.; Vicepresidente 2.º, LUIS TORO.; Secretario, ALFONSO MEJIA M.; Tesorero, L. OSPINA VASQUEZ.

EMPLEADOS:

Director de la Revista, IGNACIO NAVARRO O.; Administrador, LUIS NAVARRO O.; Bibliotecario, LUIS NAVARRO O.

Socios activos:

Arcila Montoya Luis.
Betancourt E. Carlos.
Botero Dz. Gabriel.
Cuartas N. Alfonso.
Chavarriga Manuel M.
Gómez Obdulio.
Gómez Pedro R.
Jaramillo E. Antonio.
Jiménez Juan R.
Londoño S. Alfonso.
López Emilio.
Mejía M. Alfonso.

Múnera Juan Rafael.
Navarro O. Ignacio.
Navarro O. Luis.
Ortiz R. Jorge.
Ospina Vásquez Luis.
Quintana Roberto Luis.
Restrepo J. Diego.
Tobar H. H.
Toro Escobar Luis.
Vélez Domingo.
Viana E. Demetrio.

Socios honorarios:

Los Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia y los antiguos socios del Centro Jurídico que han obtenido el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas.

Socios correspondientes:

Los activos de la Sociedad Jurídica de la Universidad Nacional y de la Sociedad Jurídica de Cartagena.

CONDICIONES:

Suscripción de 10 números.....	\$ 1.00
Un Número suelto.....	0.15
Avisos. Página	2.00

— **TODO PAGO DEBE HACERSE ANTICIPADAMENTE** —

Las opiniones emitidas en esta Revista se considerarán personales de sus autores.



Dr. JOSE LUIS LOPEZ

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
MEDELLIN
BIBLIOTECA
DIRECCION

ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

Director: IGNACIO NAVARRO O.

Administrador: L. NAVARRO OSPINA.

JOSE LUIS LOPEZ

Este distinguido y meritorio socio del Centro Jurídico, antiguo director de «Estudios de Derecho» y uno de los mejores estudiantes que ha tenido la Universidad de Antioquia en los últimos tiempos, coronó brillantemente sus estudios el 30 de junio del presente año.

La tesis que, para recibir el doctorado, presentó el señor López bajo el modesto título «Apuntes Económico-Sociales» contiene un notable estudio que honra a su autor y al Instituto en que adquirió la ciencia.

La rectitud, consagración, inteligencia y demás notables cualidades que posee nuestro apreciado compañero, le auguran un brillante porvenir y hacen aguardar que, durante su vida, le prestara muy importantes servicios a la Patria.

Honramos nuestras páginas con el retrato del nuevo doctor, con el proyecto en que condensó las lucubraciones de su tesis y con la proposición aprobada por el Centro Jurídico y con agrado hacemos constar que, según el concepto de personas ilustradas en las ciencias económicas y sociales el proyecto de nuestro amigo es muy superior a algunos que, sobre la delicada materia del salario mínimo, han sido presentados a las Cámaras Legislativas.

PROYECTO DE LEY

por la cual se establece el salario mínimo

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Art. En las relaciones industriales del capital y del trabajo habrá un minimum de salario para los obreros. Se exceptúa el empleo de obreros parcialmente inválidos.

Art. En cada municipio habrá una junta, denominada Junta Municipal del Salario, compuesta de cinco miembros principales

y cinco suplentes, la cual fijará la tasa del salario mínimo para el respectivo municipio.

Art. La Junta Municipal del Salario será constituida así: el Concejo Municipal nombrará tres miembros principales y los correspondientes suplentes; los patronos o industriales, por medio de elección directa si no están federados, o por medio de su corporación local si existe, nombrarán un miembro principal y un suplente, y los obreros, en la misma forma expresada para los patronos, designarán un miembro principal y su respectivo suplente.

Art. La fijación del salario mínimo se hará por períodos anuales, y las nuevas decisiones entrarán en vigencia dos meses después de decretadas.

Las resoluciones de la Junta Municipal del Salario sobre la fijación del salario mínimo, se publicarán en carteles murales en la cabecera del Municipio y en las Fracciones, y se insertarán en el periódico oficial del Departamento.

Art. De las resoluciones de la Junta Municipal del Salario pueden apelar los patronos o los obreros, representados colectivamente, en el término de quince días, a partir de las publicaciones murales, y en el efecto suspensivo, para ante la Junta Departamental del Salario.

Art. La Junta Departamental del Salario, que residirá en la capital del respectivo Departamento, se compone de cinco miembros principales y cinco suplentes, nombrados así: dos por la Asamblea Departamental, uno por el Gobernador del Departamento, uno por la Cámara de Comercio de la capital departamental, y uno por la organización obrera departamental, si existe, o por acuerdo de delegados de los obreros de los Municipios.

Art. La Junta Departamental del Salario conocerá de las apelaciones que se interpongan ante ella, sobre las resoluciones o decisiones de las Juntas Municipales del Salario del respectivo Departamento.

Art. Para la determinación de la tasa del salario mínimo tendrán en cuenta las Juntas Municipales del Salario los datos estadísticos sobre valor de las materias de primera necesidad.

Art. Las Juntas Departamentales del Salario basarán igualmente sus decisiones en el estudio de los datos estadísticos pertinentes, y en el análisis y comparación proporcionales de los mismos elementos en los demás Municipios del Departamento.

Art. Las oficinas de Estadística Nacional, Departamental y Municipal, suministrarán a las Juntas Municipales y Departamentales del Salario, los datos que aquellas les soliciten.

Art. Las resoluciones de la Junta Departamental del Salario se publicarán en el periódico oficial del Departamento.

Art. Tanto las Juntas Departamentales como las Municipales del Salario pueden imponer multas a los transgresores de sus disposiciones, multas que fluctuarán entre el valor de \$... y \$....

Art. Corresponde a las Asambleas Departamentales fijar las asignaciones de los miembros de la Junta Departamental del Salario, que serán de cargo del respectivo Departamento.

Art. Corresponde a los Concejos Municipales fijar las asignaciones de los miembros de la Junta Municipal del Salario, que serán de cargo de los municipios.

Art. Las Juntas Departamentales del Salario, presentarán anualmente al Congreso de la República, en los primeros veinte días de sus sesiones ordinarias, sendas memorias sobre la marcha de la institución, y anotarán las mejoras que, a juicio de ellas, convenga introducirle, así como los defectos que encuentren en su funcionamiento.

Art. Esta Ley empezará a regir seis meses después de su promulgación.

No desconozco que este paso trascendental debe ser pesado detenidamente por la Representación Nacional, y tal vez sería preferible no establecer aisladamente una institución semejante, sino entrar de lleno a formar un Código de Legislación Social, que regule íntegramente las relaciones industriales, como ocurre en casi todos los países civilizados. Es más científica la reforma sistemática, por medio de una obra completa, que no lo son las medidas parciales sucesivas de cada legislatura, las cuales, por ser aisladas y diseminadas, adolecen de incongruencias y carecen del principio de unidad dentro de la variedad, que es elemental en toda labor legislativa.

El Congreso de la República debería comisionar al Consejo de Estado para que preparase un proyecto de legislación social que fuese sometido a la deliberación de las Cámaras, después de que la opinión pública o el pensamiento colombiano manifestase su impresión con respecto de él.

PROPOSICION

EL «CENTRO JURIDICO» DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA,

CONSIDERANDO:

1°. Que el día 30 de Junio del presente año el señor don José Luis López obtuvo muy brillantemente el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas;

2°. Que el señor Dr. López ha sido uno de los socios más distinguidos que ha tenido el «Centro Jurídico» en los últimos tiempos;

3°. Que durante su permanencia en el Centro prestó importantes y diversos servicios a la Corporación, y que fue su Presidente y Director de la Revista,

RESUELVE:

1°. Felicitar muy efusivamente al señor Dr. López por la feliz terminación de sus estudios, y hacer votos muy sinceros por su completo éxito en la vida profesional.

2°. Copia de esta proposición será enviada al señor Dr. López y publicada en «Estudios de Derecho».

Medellín 2 de julio de 1923.

El Presidente, M. M°. Chavarriaga.

El Secretario, Alfonso Mejía Montoya.

LIBRERIA DE ANTIOQUIA
BIBLIOTECA
MARCH 1923

ACTOS CIVILES Y ACTOS POLITICOS

(Fragmentos de un Alegato elaborado por el Dr. Miguel Moreno Jaramillo).

Señores Magistrados:

I

El libelo de demanda, fechado el 25 de Noviembre de 1.922 y corriente a fojas 10 de los autos, hubo de contraerse a la nulidad del Acuerdo número 1.º, de 8 de Diciembre de 1.920, expedido por el Consejo Municipal de Envigado, en lo relativo a Fábricas de Tejidos "por lo que respecta a la Fábrica de Tejidos de Rosellón."

En vano se buscó en las oficinas públicas de Envigado—Consejo Municipal o Tesorería—algún acto distinto del Acuerdo, que de una manera especial, concreta y nominativa, señalase determinado gravámen, en cifras numéricas precisas, a la Compañía de Tejidos de Rosellón.

La causa de tal inexistencia, que no puede considerarse como extraña o maliciosa omisión, es la de que a todo lo largo y a todo lo ancho del Distrito envigadeño no funciona sino una sola Fábrica de Tejidos: la de Rosellón.

Sobre esta base, de pública notoriedad en Antioquia, fué expedido el Acuerdo número 1.º, de nombre propio, con tendencia inequívoca, o mejor, unívoca; ley especial que hace innecesario cualquiera otro acto del Consejo o de la Tesorería encaminado a establecer un gravámen nominativo y concreto.

En tal situación, cuya realidad podríais comprobar con un auto para mejor proveer en el cual solicitaríais la certificación de que fuera de ese Acuerdo no existe asignación nominativa alguna, el único camino que tenía la Compañía demandante para rebelarse contra la arbitraria actitud concejil, era promover demanda de nulidad contra el Acuerdo número 1.º, de 8 de Diciembre de 1.920.

Así lo comprendió el muy perspicaz Magistrado Dr. Obdulio Palacio M., cuando en su providencia de 2 de Febrero de 1.923, que podéis leer a fojas 16 vta., dijo: "suspéndese el artículo acusado (Art. 26 del Presupuesto de Rentas para 1.921) en cuanto no excluye, y por ende incluye, la Fábrica de Tejidos de Rosellón".

Ese fué, sabiamente, el fundamento de la admisión del libelo y esa la base del especialísimo cuasi—contrato de litis contestación, que hubo de definir, para lo futuro, la situación de la Compañía demandante y del Distrito que se hizo parte en la controversia.

Pienso que esta breve explicación llevará a vuestro ánimo el convencimiento de que la Compañía eligió el único camino posible, y de que, en consecuencia, su acción fué recta, eficaz y procedente.

II

La razón, digámoslo así, que el señor Magistrado, Dr. Aguirre, tuvo para declarar válido el Acuerdo número 1.º, acusado, fué la de

que el número 22, de 2 de Agosto de 1.912, expedido por el Consejo de Envigado, recibió golpe de nulidad por ese Tribunal, en sentencia de 28 de Abril de 1.920.

Afirma el Dr. Aguirre que ese Acuerdo anulado "es el contrato mismo que se celebró entre el Personero Municipal de ese Distrito y Roberto Medina, como socio administrador de la casa comercial de H. Medina & C.º....."

Esta confusión, esta barajadura entre un Acuerdo, acto unilateral y político, y un contrato, acto bilateral y civil, llevaron al señor Dr. Aguirre, lógicamente, a declarar válido el Acto acusado. Lógicamente pero injurídicamente.

Los Municipios pueden actuar como personas *políticas* y como personas *jurídicas*. Las concesiones que el Distrito de Envigado hizo, de modo más oneroso que gratuito, a la sociedad causante de la Compañía de Tejidos de Rosellón, pudo ser originariamente un acto político; pero al formularse en cláusulas contractuales revistió caracteres civiles. En la concesión de aquellas ventajas y garantías, que algunos han considerado verdaderos privilegios, ejerció el Consejo, en cierto modo, su dominio eminente o alto dominio, como dimanación, o si se quiere, aplicación local de la soberanía; pero en la convención contractual, sinalagmática y conmutativa, que, en concurrencia con la otra parte, llevó a término en una Notaría de Medellín, actuó como un particular, como una persona civil, como un sujeto cualquiera del derecho privado.

Vano empeño sería el negar, Señores Magistrados, que el Acuerdo y el contrato han sido dos actos real y jurídicamente distintos: *unilateral y oficial* el primero, cumplido en ejercicio de la autoridad política y en el recinto mismo del Consejo; *bilateral y privado* el otro, desarrollado merced al asocio de dos voluntades, en forma civil, delante de un Notario Público.

La nulidad del Acuerdo no conlleva, ni de hecho ni por ministerio de la ley, la nulidad del contrato. Si así fuera, los Tribunales Administrativos invadirían la jurisdicción de la justicia ordinaria, con notorio quebranto de la Constitución y de las Leyes y para amenaza terrible de todos los asociados.

Ha querido ser tan celoso el legislador de los fueros propios a la justicia ordinaria, que a ésta señaló, de modo expreso, la intervención en acciones contra providencias que se originan en contratos celebrados en nombre de entidades políticas, como una vez más lo habréis visto ya al hacer el estudio del Código Contencioso-Administrativo, especialmente de su artículo 38, en la letra g).

No me explico yo, cómo aun Magistrados del Tribunal Superior, que debieran velar por los fueros de la justicia que administran, se han aventurado a sostener, aunque en lo motivo de sus sentencias (que nada obliga), la tesis alarmante que ha sentado el Dr. Aguirre en el fallo contra el cual me pronuncio.

La jurisdicción administrativa se caracteriza—como lo observa Bouchard, en su obra "Des Limites du Contentieux Administratif"—por su control esencial sobre la legalidad de los actos de la *autoridad administrativa*.

Y ningún autor hasta ahora, que yo conozca, ha osado afirmar

que un contrato bilateral, celebrado entre un Distrito, por una parte, y un particular, por la otra, tenga la calidad de acto de autoridad administrativa.

El señor Dr. Aguirre, cuya honorabilidad y capacidades me complazco en reconocer, ha confundido lo que los teóricos llaman *actos de mando o de gobierno*, que son el ejercicio de la soberanía, con *actos de gestión*, que se ejecutan en nombre de la persona moral de la entidad oficial que actúa, y que equivalen a los actos de los particulares.

Quienes administran la justicia administrativa no pueden perder de vista esta distinción, que es sabia y de ocurrencia constante. El citado Bouchard observa, en corroboración de la muy sutil diferencia que a menudo surge entre unas y otras actuaciones, que los daños causados a los particulares con las obras públicas son de la competencia administrativa cuando deben considerarse como el resultado de actos de autoridad; y que son de la competencia judicial cuando el daño ha provenido de una falta o de una culpa que no puede constituir un acto de autoridad.

Si es difícil deslindar el campo del Derecho Constitucional del campo del Derecho Administrativo, y si no siempre es fácil distinguir el Gobierno de la Administración, sí resulta sencillo ver las diferencias que median entre el Derecho Público y el Derecho Privado, o más concretamente, entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil.

Goodnow define: "El Derecho Administrativo es la parte del Derecho Público que fija la organización y determina la competencia de las autoridades administrativas, indicando al individuo los recursos contra la violación de sus derechos."

Haurion dice: "El Derecho Administrativo es aquella rama del Derecho Público que tiene por objeto la organización, los derechos y el ejercicio de los derechos de las personas administrativas, en cuanto interesan al funcionamiento de los servicios públicos."

Más comprensivo que los anteriores, el Dr. Fernando Vélez admite que Derecho Administrativo es: "El conjunto de disposiciones por las cuales se rigen los derechos de los particulares en cuanto concierne a la Administración Pública. Rige los derechos y las obligaciones de la Administración y de los administrados."

Cualquiera de las tres definiciones pone de relieve, aunque indirectamente, el alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa y marca la diferencia que separa los actos civiles de los públicos.

La Administración tiene una doble personalidad: actúa como potencia pública o como persona privada.

Los autores que consagran tal dualidad observan que estas dos personalidades no siempre se revelan por signos exteriores, por cuanto las personas administrativas tienen los mismos representantes cuando obran como poder público que cuando actúan como personas privadas. Ello es cierto en teoría. En el caso presente, sin embargo, vé uno con evidencia las manifestaciones de esa doble personalidad: el Concejo *solo*, por medio de un Acuerdo, ejecuta un acto público, político, de gobierno, de mando; el Personero Muni-

cipal, persona distinta del Consejo, *no solo sino en concurrencia con otro*, ejecuta un contrato, un acto civil, privado, de gestión. En el primer caso es la autoridad oficial única del Concejo lo que produce el acto; requiérense en el segundo las voluntades del Personero y del particular, expresadas solemnemente ante un funcionario público, que da fe. La dualidad no puede ser más notoria.

El Acuerdo no es, pues, el contrato mismo, como lo ha dicho el señor Magistrado *a quo*.

La nulidad de una situación de Derecho Público no puede declararse de la misma manera y por el mismo camino que la nulidad de una situación de derecho privado. Y la actuación ante el Notario, prescindiendo del Acuerdo Municipal, creó una situación de Derecho Civil.

Siguiendo a Capitant, como pudiera orientarme por otro cualquiera de los expositores, porque el punto es obviamente claro, la imperfección de un acto jurídico puede depender de una de estas tres causas:

a) Uno de los elementos esenciales, indispensables para su formación, hace falta. No se pone en la compraventa un precio o no figura más de una persona en el contrato de sociedad. En semejantes casos es evidente que el acto no tiene ningún valor y que no puede producir ningún efecto jurídico. Para caracterizar esta situación, la doctrina emplea un término muy enérgico: dice que es *inexistente*.

b) El acto viola una prescripción legal; contiene disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres; o bien estaba sometido, como la compraventa de inmuebles entre nosotros, a formas solemnes que no fueron observadas. Está herido de *nulidad absoluta*.

c) La manifestación *imperfecta* de la voluntad, produce la *nulidad relativa*.

Descartando lo concerniente a la inexistencia, que no procede, lo que se refiere a la posible nulidad, absoluta o relativa, del contrato civil tantas veces aludido, no puede ser materia de debate ante la jurisdicción contenciosa. Ello se discutirá ante la justicia ordinaria, en juicio abierto y mediante la observancia de todas las ritualidades civiles.

No debemos olvidar que el contrato es una ley para los contratantes, distinta de las leyes que lo autoricen y aun de las que él mismo incorpore. Y esa ley especial, peculiarísima, de orden civil y privado, no puede recibir el golpe de nulidad sin la previa tramitación de un juicio ordinario. Principio absoluto éste, trátase de nulidad absoluta o de nulidad relativa.

Laferrière, en su Tratado de Jurisdicción Administrativa, dice:

"Para que una cuestión contenciosa escape a la justicia ordinaria *no basta invocar un interés público o dar una forma administrativa a actos que, por su objeto, son propios del derecho común*. Es preciso que el carácter administrativo resulte de la *naturalera misma del acto*, y no únicamente de la *calidad de su autor o del fin que se propone*".

Este párrafo de Laferrière parece como escrito, precisamente, para este negocio.

Ni el supuesto interés público del Distrito de Envigado, ni la forma de Acuerdo Municipal que se dió al acto, son razones poderosas para sustraer a la justicia ordinaria, y reducir a la contenciosa, un organismo jurídico que pertenece al radio de aquélla. Ni el fin de la actuación concejil, ni la calidad política de Distrito pueden dar, de suyo, un carácter administrativo a lo que es genuinamente civil y contractual.

Barthélmy, más perentorio acaso, sienta este principio:

“Los Tribunales Administrativos no arrebatan el papel a la autoridad judicial: son una de las formas en que se manifiesta el ejercicio de la autoridad administrativa.”

Los Dres. Juan M. Aguledo y Luis F. Latorre U., en un interesante estudio que acaban de publicar sobre ACCIONES ADMINISTRATIVAS Y ACCIONES JUDICIALES, sostienen:

“No puede decirse tampoco que entre nosotros existe un fuero especial o excepcional en favor de los actos de los funcionarios o de las entidades públicas, por el solo hecho de ser tales. Las entidades de Derecho Público, cuando son al propio tiempo personas jurídicas, quedan sometidas al derecho común, y responden ante el Poder Judicial de las acciones civiles que contra ellas se intenten por la vía ordinaria, sin que sea óbice para ello el que determinados actos suyos estén sometidos al ejercicio de ciertas acciones especiales administrativas, ni el que la responsabilidad que se les exige por las acciones civiles se origine en último término en actos administrativos”.

“....., les bastaría a las entidades públicas darles a sus actos una forma administrativa, o respaldarlos con el carácter ordinario que les reconoce la ley de funciones públicas, sustrayéndolos así del alcance de las acciones y del fuero común, y desligándose en tal forma de responder judicialmente de sus obligaciones, que es lo que ahora se pretende y lo que es completamente inaceptable”.

Yo espero que el Tribunal Administrativo reaccionará valientemente contra esa jurisprudencia, de la justicia ordinaria y de la justicia contenciosa, que baraja y confunde, con gran detrimento del Derecho, los actos públicos con los actos privados. Jurisprudencia peligrosísima, aun cuando ligeramente esbozada en la parte motiva (no obligatoria), de ciertos fallos.....

MIGUEL MORENO J.

Tribunal Administrativo Seccional

Medellín, agosto 13 de mil novecientos veintitres.

VISTOS.....

Por su orden serán estudiados brevemente los diversos aspectos de la cuestión debatida.

En primer lugar: ¿el Acuerdo que aprueba un contrato es el contrato mismo? Evidentemente no. Son dos actos de la misma

entidad, pero que caen bajo el dominio de muy distintas reglas jurídicas. El contrato pertenece al Derecho Privado y en todo cuanto emana de sus cláusulas y de sus estipulaciones se rige por las leyes aplicables a dichos actos; obra el Municipio como persona jurídica y en su condición de sujeto activo y pasivo del derecho; se iguala con los particulares, salvo algunas prerrogativas o gracias que se le otorguen para eximirlo de ciertas cargas y ceñido también a otras formalidades inherentes a su autonomía en unos casos más completa y en otros más restringida. El Acuerdo por el contrario, cae bajo la sanción del Derecho Administrativo, que es rama del Público, y sus disposiciones han de considerarse desde ese punto de vista.

Para lo primero se halla el Poder Judicial ordinario; para lo segundo se ha establecido la jurisdicción contencioso-administrativa.

Un acuerdo aprobatorio de un contrato puede ser improbad, sin afectar fundamentalmente la convención celebrada, por falta de requisitos para su legal expedición, por no haberse publicado en forma legal y por otras causales; quedando en pie la obligación contractual de cuyo alcance en las diferencias que surjan sólo puede resolver la justicia ordinaria.

Un Municipio necesita locales para escuelas, oficinas o empresas oficiales y toma varios en arrendamiento. Los contratos, porque así se disponga, deben ser aprobados por un Acuerdo. Se dicta éste, y se omite un debate o le falta la sanción o publicación en las condiciones legales que una y otra deben reunir. Es claro que dicho acto es nulo; pero esa declaratoria de nulidad no le quita, en lo mínimo, su valor al contrato. La única diferencia es ésta: la validez o nulidad del acuerdo ha de ventilarse ante el Tribunal Administrativo y las controversias que surjan del contrato mismo serán materia del Poder Judicial. El primer acto fue administrativo y sus actuaciones como arrendatario se amoldan al derecho común; el segundo acto fué de gobierno y se debe ajustar en un todo a las normas especiales que a éstos se refieren.

En segundo lugar: ¿es nulo un acuerdo expedido contrariando un contrato celebrado por el Municipio y que desconozca los derechos que en dicho acto voluntario se sirvió conceder a la otra parte contratante?

También es clara la respuesta: es nulo. Se viola el artículo 31 de la Constitución Nacional que entre las garantías sociales del ciudadano consagra la de los derechos adquiridos con justo título. El artículo 6º de la Ley 71 de 1.916 armoniza con ese mandato constitucional y abre campo al ciudadano, para la defensa de sus derechos.

El artículo 38 de la Ley 130 de 1.913, al señalar funciones a los Tribunales Administrativos, e indicar los asuntos de que conocen, dice:

«a) De las cuestiones suscitadas sobre validez o nulidad de los Acuerdos u otros actos de los Concejos de los Municipios situados dentro del territorio de la jurisdicción del respectivo Tribunal, acusados ante ellos como violatarios de la Constitución, las leyes, o las Ordenanzas departamentales, o como lesivos de derechos civiles».

Se ha dicho que entrar a resolver si un acuerdo es violatorio de un contrato es función que no le corresponde al Tribunal Administrativo sino al Poder Judicial.

¿Entonces cómo puede resolverse si un acto de Asambleas o Concejos es lesivo de derechos civiles, cuando éstos pueden arrancar de un contrato? Ya se vió que la Ley 130 de 1913 facultada, de lleno, al Tribunal para decidir sobre validez o nulidad de tales actos en los casos en que sean acusados por el último de los motivos dichos.

Y es que la rama administrativa se reduce a reconocer la existencia o inexistencia del contrato sin entrar a fallar sobre su valor intrínseco y sobre los fundamentos legales que debieron concurrir para celebrarlo. Esta sí es función del ramo Judicial...

Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase en todas sus partes el fallo apelado, y, en su lugar, se declara nulo el Acuerdo Nro. 1º de ocho de diciembre de 1.920, expedido por el Concejo de Envigado, en lo referente a fábricas de tejidos de telas de vestir, por cuanto no excluye y por ende incluye a la Fábrica de Tejidos de Rosellón.

Notifíquese, cópiese, comuníquese y publíquese en *Anales*.

Francisco de P. Pérez

Jose Urbano Múnera

Lorenzo A. Berrío,
Secretario.

DERECHOS INDIVIDUALES

I

Señores Socios:

Me toca hoy dirigiros la palabra, en cumplimiento del indeclinable deber que los Estatutos de la Corporación imponen a sus miembros. Reconozco mi insuficiencia, la superficialidad de mis ideas, pero espero que vosotros con la amabilidad que os caracteriza, sabréis al menos abonarme la buena voluntad.

Precisa además que sepáis, que no sólo mi insuficiencia sino también la complejidad del tema, al tratar sobre los derechos individuales de las personas, que no cabe dentro de los estrechos límites de una conferencia, obligáronme a presentaros únicamente un bosquejo rápido de sus puntos más salientes.

En la antigüedad, según nos cuentan los historiadores, el Estado tenía en su poder el sumun de los derechos, y aun más, en

una extensión ilimitada. Esto entrañaba el concepto de que cualquiera que fuera la entidad que los representara, podía disponer a su talante de la vida, el honor, la libertad, y en una palabra, de todos los derechos que la naturaleza le ha prodigado al individuo en este mundo, despojándolo de ellos. Así lo consideraban los griegos y los romanos y se encerraban en esta fórmula de la Escuela Pragmática condenada por una de las proposiciones del Syllabus (la 39) «El Estado como origen y fuente de todos los derechos, goza de un derecho ilimitado».

Nada más absurdo; con tales facultades el Estado invadía un campo que por ningún título le pertenecía arrebatando a los individuos algo como el patrimonio con que nacen, sus derechos innatos, sagrados y que van como adheridos a la persona misma.

Pero, con el progreso y el transcurso de los tiempos, estas ideas y estas teorías han ido evolucionando. La gran preponderancia, la absoluta supremacía del Estado que reinaba en la antigüedad, poco a poco fue desapareciendo. Se comprendió que con aquello se desconocía el derecho natural; se confundía la legalidad con la legitimidad, y el derecho para determinar lo indeterminado del derecho natural, con la facultad de crear el derecho mismo. Así, no podía resultar acción por monstruosa, por salvaje que fuera, que no quedara justificada ante las prerrogativas absolutas y la divinización del Estado. *Hegel*, uno de los más célebres filósofos de entonces, expuso este sistema jurídico, denominado la *Estatolatría*, y que significaba la negación de todos los derechos privados y su absorción por el Estado o la comunidad de los ciudadanos.

Ya en los modernos tiempos contemplamos el reverso de esta gran medalla. Es doctrina universalmente adoptada que el individuo tiene derechos propios, que son independientes del Estado y que se le deben respetar. Estos como lo afirma Prisco, en su tratado de filosofía, constituyen el patrimonio particular del hombre y ninguna autoridad puede arrogarse la facultad de influir en su esencia y en su fundamento. Lo único que puede es garantizarlos y reglamentar su ejercicio en orden al bien común de la verdadera necesidad natural consiguiente a este mismo fin.

El proceso de la evolución tuvo sus etapas: al principio el Cristianismo que apareció como un sol esplendoroso que alumbraba la oscuridad de las ideas, proclamó la igualdad esencial de los hombres y con ello se modificó profundamente la supremacía absoluta del Estado.

En la edad media, se desvirtuó con las ideas que los bárbaros llevaron al corazón de la civilizada Europa, como también con el sistema feudal que puso a ciertos individuos fuera de la sujeción de aquella omnipotencia y que desarrolló en ellos con el sentimiento de su derecho, el de su propia dignidad. Generalmente rechazada hoy en día la teoría del contrato social de Rousseau, no puede aceptarse el Estado absolutista.

Un sentimiento de dignidad, una convicción de sus derechos, fue la que hizo que el pueblo romano al verse oprimido por la tiranía de los patricios, se levantara como un solo hombre y se retirara al Monte Sagrado en señal de enérgica protesta.

Ya, en las nacionalidades de los tiempos modernos, regidas

por instituciones democráticas, se da una excepcional importancia a la garantía y reconocimiento de los derechos individuales que quedan fuera del alcance del Estado, a quien se incapacita en las leyes constitucionales para vulnerarlos o menoscabarlos, por supuesto, todo dentro de las normas legales y morales, y sin conceder derechos absolutos porque así se rompería el equilibrio social.

El doctor José Vicente Concha, a quien hemos venido siguiendo muy de cerca en el presente estudio, y los principales tratadistas de Derecho Constitucional, clasifican los derechos individuales de la siguiente manera:

Los referentes a la *igualdad civil* y los que comprende la *libertad individual*.

La igualdad civil a su vez comprende la igualdad ante la ley; la igualdad ante la justicia; la admisibilidad de todos los ciudadanos para ejercer funciones públicas en cuanto reúnan las condiciones requeridas para ello; la igualdad de contribuir con su contingente, según los medios de que disponga cada uno, para el pago de los gastos públicos.

La libertad individual, en un sentido lato, comprende: la facultad de andar libremente, permanecer en el territorio de la Nación, poder salir de él, y lo que se denomina la *seguridad*, es decir, las garantías contra las prisiones arbitrarias; la propiedad, de la cual nadie puede ser privado a menos que se trate del cumplimiento de una pena o del pago de una contribución general; la inviolabilidad del domicilio privado, donde su dueño es como una especie de soberano, de señor, de rey y donde la autoridad pública no puede penetrar sino después de haber llenado los requisitos exigidos por la ley; y la libertad de industria y de trabajo, siempre que con ello no se lesionen los intereses generales, ni los particulares de un tercero.

Todos estos derechos de que hemos venido tratando no deben entenderse en un sentido absoluto, porque como dije antes se rompería el equilibrio social. En un sujeto tan mudable como el hombre, lógicamente se deduce que es incapaz de gozar de sus atributos, de una manera ilimitada. Desgraciadamente vemos que en nuestras sociedades, por muy bien organizadas que se encuentren, con frecuencia tales derechos son violados, arrebatados y atropellados, ora por ignorancia lastimosa en el cumplimiento de sus deberes, ora por descaro que raya en el abuso otras, por parte de los representantes de la Autoridad.

Las demás libertades dicen relación a los intereses morales de los individuos. Entre ellas están la libertad de conciencia y la de cultos en virtud de las cuales nadie puede ser molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni obligado por las autoridades a profesar creencias o a observar prácticas contrarias a su conciencia. Por su misma naturaleza el entendimiento humano está destinado a conocer la verdad, y su voluntad a la posesión del bien; pero ni aquel puede adherirse a una verdad que no conoce, ni ésta puede abrazar el bien sino por medio de un espontáneo y libre consentimiento. Razón es esta por la cual ninguna autoridad podrá ejercer violencia exterior sobre el entendimien-

to o la voluntad de otro para que adhiere a determinada doctrina aunque sea verdadera.

Por último vienen los derechos de libertad de reunión, de prensa, de asociación, de enseñanza, y el derecho de petición, todos dentro de sus límites respectivos.

II

DERECHOS POLÍTICOS

Hay también una clase de derechos distintos de los anteriores y que los publicistas llaman *derechos políticos*. Estos que se condensan en la facultad de elegir y de ser elegido, son los que dan título al individuo en los diferentes ramos de la administración pública. En tesis general puede decirse que aquí deben quedar en el mismo pie de igualdad todos los ciudadanos; pero es claro que la ley debe tener la facultad de reglamentar lo referente a esta materia, buscando en cuanto sea posible las capacidades especiales que necesita el electo y las condiciones peculiares que debe tener el elector. La diferencia entre los derechos individuales y los políticos consiste en que aquellos pertenecen al individuo aun fuera de las relaciones del estado social, mientras que estos emanan de ese mismo estado.

III

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En el año de 1886, nuestros constituyentes inspirados en los más altos principios de equidad, de justicia, de humanidad y progreso, supieron del respeto a los derechos individuales que la naturaleza, madre pródiga, ha concedido a las personas, y para garantizarlos consignaron en el Título III de la Carta fundamental de la República, que hoy rige, las disposiciones necesarias para su efectividad.

Pero, sobre todo esto, qué es lo importante en materia de Constituciones y de Leyes? Que no sean letras y más letras, que se lleven a la práctica y que se cumplan religiosamente. Porque, para qué sirven las leyes si se han de desconocer y pisotear por los encargados de cumplirlas? Veamos todos porque reine siempre el imperio de la paz, del orden y de la legalidad. Seamos siempre libres, altivos, y proscribamos la abyección y el servilismo. Así y sólo así cumpliremos el gran ideal del Libertador, del hombre grande, sublime, del Padre de la Patria, cuando en ocasión solemne como fue la del banquete que se le dió en Lima en el año de 1824, dijo: «que la autoridad del Pueblo sea el único poder que exista sobre la tierra y que hasta el nombre mismo de la tiranía sea borrado y olvidado del lenguaje de las naciones».

Y, cómo conseguir que los derechos del hombre que evolucionaron en la mente poderosa del americano Tomás Payne; llevados a Francia por Lafayette; presentados al Parlamento Francés por el Abad Siéyes; proclamados en Colombia por don Antonio Nariño; y consignados en la Constitución de la República,

como garantías sociales, sean reconocidos a los ciudadanos y respetados por las autoridades?

Que los funcionarios lean, que los funcionarios estudien, que a los funcionarios se les enseñe los deberes que les corresponden y el modo de cumplirlos. Por eso considero que la fundación de la *Escuela de Funcionarios*, de que se trató en otros días, es una institución que reclaman la época, las circunstancias y la civilización.

Horademos la montaña del pensamiento para que penetre en él la luz de las ideas y se pueda oficial dignamente en el altar de la justicia.

Medellín, Julio 2 de 1923.

JUAN R. JIMÉNEZ H.

Medicina Legal

III

(Conclusión).

A continuación de nuestro estudio anterior enviamos al Sr. Director de esta importante Revista copia de la brillante carta que el Dr. José M. Lombana Barreneche, Médico Jefe del Servicio Médico-Legal en la Nación, dirigió al Dr. Carlos A. Holguín recientemente, en contestación a otra de éste, para ser publicada con la debida autorización, con ideas perfectamente acordes con las nuestras acerca de los puntos tratados; pero por falta de espacio y por haber ofrecido publicarla el Dr. Holguín, haciendo, acerca de ella algunos comentarios, no fue conocida entonces de los benévolos lectores.

Tratando de las heridas necesariamente mortales de que habla el Dr. Holguín en su tercer artículo, en busca de una doctrina Médico-legal aplicable a todos los casos, dice el Dr. Lombana, que «en los homicidios no hay que averiguar si la herida es necesariamente mortal, es decir siempre mortal, sino si ella produjo la muerte del interfecto, y esto es lo que debe decir el Médico legista que practica la autopsia», apoyándose en la consideración científica, evidente, de que «no hay heridas necesariamente mortales ni esencialmente benignas; como tampoco hay enfermedades necesariamente mortales ni necesariamente curables; de la enfermedad más benigna se puede morir, como puede salvarse de la más grave; no hay catástrofes en que perezcan todos los que estén en ella, ni heridas gravísimas que no puedan curar, aun en condiciones muy desfavorables, ni heridas benignas que tratándose con todos los recursos de la ciencia no puedan producir la muerte; se puede vivir largos años con una bala dentro del ventrículo derecho del corazón y morir a la hora de haber sido vapulado».

Siendo la muerte, además de la incapacidad para el trabajo, las lesiones, deformidades y defectos físicos, una de las consecuencias de las heridas, la más grave, por supuesto, que origina para su autor responsable mayor pena, debe ser estudiada por

el Médico legista con la misma lógica que le sirvió para interpretar el espíritu de la ley en las otras consecuencias, distintas de esta, por tratarse también de una letra oscura, que científicamente no tiene relación clara con la intención del Legislador acerca del grave delito de homicidio, en todas sus especies.

No hay en rigor heridas necesariamente mortales; porque las del bulbo, únicas que causan una muerte instantánea, puede decirse que prácticamente no existen.

La muerte como consecuencia natural de las heridas, esto es obrando estas como causa directa y eficiente, la juzga así el Médico legista cuando después del levantamiento, estudio y autopsia del cadáver, no encuentra científicamente otra causa secundaria o distinta de las heridas o accidente a qué atribuirle, fundando naturalmente su dictamen. Si en otros individuos heridas semejantes, por graves que sean, no causan la muerte, esto no quiere decir que el caso anterior no deba juzgarse como homicidio, debido a que cada caso particular hay que estudiarlo, absolutamente tal como se presenta, estableciendo en él las relaciones de causa a efecto a que haya lugar.

Muchas veces las heridas son apenas causa indirecta u ocasional de la muerte, esto es, no son causa eficiente, atribuyendo entonces como causas directas las que efectivamente la produjeron según el criterio del Médico, con un porcentaje de probabilidades, siquiera de un ochenta por ciento; porque la seguridad absoluta no es posible establecer, como tantas veces se ha dicho; causas directas que pueden ser independientes de la acción del agresor, y motivadas por negligencia o descuido absolutamente voluntarios del ofendido o de los que debieron prestarle auxilio, apesar muchas veces de las instrucciones del Médico, cuando lo hay, acerca del régimen dietético y curativo que debió seguirse. En estos casos se juzga que no se trata del delito de homicidio sino del de heridas solamente.

De suerte que lo único científico y racional que corresponde al Médico perito en estos casos, es establecer si las heridas fueron causa directa de la muerte, esto es, según los términos de la ley, que no debieran emplearse así, si por sí mismas son natural y esencialmente mortales o nó habiendo obrado otras causas, que pueden ser simplemente de omisión, las cuales produjeron efectos activos; pero esto por lo que le conste como resultado de la autopsia y por los hechos ciertos que le dé el sumario o que personalmente sepa con seguridad.

Esta doctrina que venimos practicando sin que se nos diga nada en contrario por los altos empleados del Poder Judicial, es la misma establecida en los cinco conceptos que dimos hace algún tiempo a que se refiere el Dr. Holguín en su tercer artículo publicado en esta Revista jurídica, absolutamente consecuentes en todos, sin que haya en ellos las contradicciones e inconsecuencias, a pesar de los errores de copia con que se publicaron, encontrados infundada e ilógicamente por el expresado Dr., como vamos a demostrarlo.

Principia por citar un caso de heridas en la persona de Antonio M. Agudelo, ocurrido en Girardota, en el cual conceptuamos, en asocio del muy distinguido Médico colaborador nuestro

entonces, Dr. Carlos Fernández Q., que dicho individuo había muerto por hemorragia evitable en el término de veinticuatro horas, habiendo mediado negligencia marcada, voluntaria, en un centro de fáciles recursos médicos eficaces, de que tuvimos personal constancia; esto es que las heridas no fueron causa directa de dicha muerte sino la omisión voluntaria señalada y, por tanto, que el cuerpo del delito se refería a heridas y no a homicidio.

Con autoridad de Profesor distinguido, que parece no conocer la estadística de esta clase de heridas y con frases dogmáticas, que implican imposición, dice terminantemente, que esto no es así porque el herido murió a las veinticuatro horas y *por ser las lesiones, DE ACUERDO CON INDISCUTIBLES PRINCIPIOS MÉDICO-JURÍDICOS NECESARIAMENTE MORTALES*, esto es, que ninguno que sufra heridas semejantes deja de morir, absolutamente en todos los casos. Dése una asomadita al Hospital de S. Juan de Dios, en la Sala de Cirujía, y se persuadirá del error tan grande en que está si aun no ha cambiado de ideas a este respecto.

Después de confirmarnos, en el tercer concepto, en que no existen heridas necesariamente mortales y que estos términos no deben entenderse como suenan, porque entonces no habría homicidios, a los cuales consagra el Código penal capítulo especial, nos quiere hacer creer que estamos en contradicción cuando dice: «Comprendiendo sus autores lo absurdo de su tesis *rectifican* diciendo que ésta es inaplicable por no armonizar con la legislación penal. Pues Dr. *ni comprendemos lo absurdo de la tesis* de que no hay heridas necesariamente mortales, sino que la seguimos sosteniendo, *ni tenemos que rectificar*; porque precisamente, consecuentes con ella, sostenemos también que habría que eliminar los casos de homicidio mientras se insista en sostener esta letra oscura y absurda de la ley, pudiendo consultar científicamente su espíritu.

Quiere el Dr. Holguín ponernos en contradicción con los que él llama todos los Tratadistas de Medicina legal, entre los cuales cita al Dr. Putman, con respecto a nuestro modo de apreciar las cosas para los efectos del Art. 619 del Código penal; pero es todo lo contrario. Nos referimos a las heridas directamente mortales de que atrás hablamos en el mismo sentido, y así mismo habla el Dr. Putman diciendo: «Las lesiones que producen la muerte de un *modo directo*, inmediato, no necesitan nada más que su existencia para matar; al paso que otras lo hacen de un modo indirecto, mediato y necesitan de ciertas circunstancias para matar». También hablamos de estas heridas como causa indirecta, y en este caso la directa está en las circunstancias accidentales, que no son otras que las omisiones voluntarias que también pusimos en claro; todo lo cual lo dice la autopsia con todo lo que rodeó el hecho delictuoso desde que se verificó.

Volviendo al caso de Agudelo anotado, por qué dice Ud. que caímos los peritos en contradicción declarando en otro concepto que una de sus heridas sí fué necesariamente mortal, cuando esto no es exacto. Qué lógica es la suya? No confunda Ud. causas directas con indirectas. Seguimos sosteniendo que en Agu-

delo no obraron las heridas como causa directa de su muerte; esta causa directa fué la omisión voluntaria en ligar los vasos sanguíneos rotos, que originaron la hemorragia mortal, en un lugar donde era perfectamente posible obtener un cirujano competente en esos momentos. Nada hemos dicho en contrario para que Ud. se sirva deducir consecuencias forzadas.

Todo lo demás del artículo está por el estilo, lleno de argumentación incompleta por falta de bases científicas que el Autor apenas las barrunta y coje a vuelo de pájaro, leyendo con entusiasmo distintos autores pero que no puede francamente digerir, absorber y asimilar por falta de los conocimientos científicos fundamentales, que no tiene por qué saber; porque apesar de su indiscutible talento y sus buenas disposiciones para establecer juicios, sentar premisas y sacar consecuencias, no fueron estos sus estudios serios.

No quiere esto decir que nos preciamos de ser una notabilidad científica en Medicina legal; pero sí quisiéramos, por haber sido estos nuestros estudios, no tratar estas cuestiones de alta importancia sino con profesionales semejantes. Muy alta idea tenemos, lo repetimos del Dr. Holguín y declaramos una vez más que su competencia como distinguido abogado es indiscutible; pero en Medicina legal no queremos continuar polémicas con su honorable persona por no poder pelear con armas iguales. Seguiremos tratando otros asuntos de importancia en la medida de nuestras fuerzas, empleando sobre todo nuestro propio criterio, educado en la larga observación y estudio constantes en la materia.

Medellín, Julio de 1923.

JORGE SAENZ

Jurisprudencia Médicolegal

Comentarios a la carta del Dr. Lombana Barreneche publicada en el número 98 de esta Revista.

PRIMER PUNTO: *No puede exigirse al Médico Legista una absoluta precisión científica en sus dictámenes porque no hay verdades inconcusas.*

Este concepto equivale a decir que en los peritajes medicoforenses no siempre puede exigirse acierto y, por consiguiente, ellos constituyen un fundamento falso para las decisiones judiciales. Nada más ni nada menos.

Exponer como tesis general que no hay verdades inconcusas es hacer retrogradar demasiado la ciencia, casi a su primera etapa evolutiva. Es sostener que materias como la Anatomía, la Fisiología, la Histología etc., carecen de principios fijos y exactos que las hagan accesibles al criterio humano. Es un desacierto filosófico.

Ciencia imprecisa y perito desacertado son términos contradictorios entre sí. Perito, según el Léxico castellano, es «sabio

práctico, versado en un arte o ciencia». Luego el Médico Legista debe poseer la suma versación para que su juicio sea la expresión de la verdad científica. Si no es obligatorio para el perito razonar estrictamente su concepto, éste deja de ser científico, para ser un testimonio común y vulgar, y así no merece crédito.

La Medicina Legal ¿será todavía una ciencia tan rudimentaria e inexplorada, o tan excesivamente abstrusa que ni sus expositores puedan merecer crédito?

El Art. 1515 del Código Judicial preceptúa que «los peritos o reconocedores jurarán que harán los reconocimientos con *toda exactitud y escrupulosidad*, exponiendo todo lo que observen conducente a determinar la naturaleza del hecho y todas sus circunstancias».

Se deduce, pues, de la disposición transcrita, que la Ley exige hasta donde sea dable en los reconocimientos periciales, la mayor precisión científica, ya que se trata de una ciencia de diaria y universal especulación.

SEGUNDO PUNTO.—*Los Jueces y Magistrados no tienen derecho ni razón para discutir los conceptos de los Médicos Legistas.*

De todos los conceptos emitidos por el Dr. Lombana Barreneche en la carta comentada, ninguno tan extraño e inadmisibles como éste.

Si el Juez y el Magistrado son instruidos en la materia [hoy la Medicina Legal está incluida en el pénsum de las facultades de Jurisprudencia de la Nación] ¿por qué no pueden objetar el dictamen pericial si lo encuentran oscuro o desacertado? ¿Y por qué han de aceptarlo así, tratándose de lo que es la norma o medida de la sanción penal? Carecería de elemental probidad el Juez que procediera a condenar un procesado con una prueba oscura y deficiente del cuerpo del delito. Y si después de pedir aclaración o precisión científica, bien sea a los mismos peritos o bien sea a otros, no obtiene el resultado deseable, debe absolver, desechando la prueba pericial. Así lo hemos hecho más de una vez en nuestra práctica Judicial (1).

TERCER PUNTO.—*No hay heridas necesariamente mortales, ni esencialmente benignas, como tampoco hay enfermedades necesariamente mortales o necesariamente curables. En las autopsias debe decirse simplemente si la herida produjo la muerte y nada más.*

Preceptúa el artículo 1516 del Código Judicial lo siguiente: «En el caso de homicidio, se examinará detenidamente el cadáver, las heridas, contusiones y demás señales de violencia que tenga, debiendo los peritos manifestar si éstas han sido por su naturaleza mortales, y con que armas e instrumentos se han ejecutado...»

Indudable es que este precepto legal, en la parte que subrayamos lo quebranta el concepto del Dr. Lombana Barreneche: «En los homicidios no hay que averiguar si la herida es nece-

(1) En el número 34 de esta Revista puede verse un caso análogo—muy importante—que le ocurrió al Dr. Samuel Cock como Juez de este Circuito.

sariamente mortal, es decir, siempre mortal sino si *ella produjo la muerte del interfecto* y esto es lo que debe decir el Médico Legista que practica la autopsia» (subrayamos). Con este criterio simplista, genérico e irrazonado, reñido con las teorías de los más autorizados expositores y refractario a la norma legal, los peritajes de autopsias serán de hoy en adelante más deficientes de lo que han sido, puesto que—como lo anotamos ya—los conceptos del Sr. Jefe de la Medicina Legal en Colombia tienen valor de doctrina *muy acatable* para todos los Médicos Legistas del país.

Será, pues, muy explicable que en una diligencia de necropsia se lea (después de un preámbulo difuso e insubstancial), como concepto lacónico y concreto más o menos esto: que la herida tal (expresándose sólo la situación, dimensiones y órganos afectados) fue causa de la muerte.

Con muy poco discernimiento crítico pueden evidenciarse las consecuencias absurdas que se deducirían de un peritaje así, desprovisto de razón, lacónico y rutinario. Para conceptuar así no sería precisa mucha versación porque cualquier medicastro y en último caso la prueba testimonial, podrían establecer, también deficientemente el cuerpo del delito...

Si las leyes procesales exigen que se determine si las heridas «han sido por su naturaleza mortales»; si el artículo 619 del Código Penal exige que se dictamine con toda precisión—para poder calificar el homicidio—si el herido murió *por consecuencia y efecto natural de las heridas causadas, dentro de los sesenta días siguientes al de la perpetración del delito*; si los tratadistas de Medicina Legal han hecho la clasificación lógica y racional de *heridas leves, graves, y de naturaleza mortal o necesariamente mortales, según el caso*, es porque ello es imprescindible para la dilucidación clara y precisa del factor material del delito.

La muerte del herido será un hecho que por sí solo se revela a los sentidos del perito y del testigo; ¿cómo puede averiguarse la naturaleza mortal de la herida, o si no fue necesariamente mortal, las causas que influyeron en la muerte? Si fueron varias las heridas y de distinta o igual naturaleza, ¿cómo se determinaría el efecto mortal directo o indirecto de todas o de una de ellas, sin un análisis severo, detenido y razonado al respecto?

Si no hay heridas necesariamente mortales sino de carácter mas o menos mortal dentro de las circunstancias accidentales de cada caso, y no puede exigirse, por consiguiente, «absoluta precisión científica» en el concepto pericial, los errores y las injusticias serán atributivos—como hasta hoy generalmente lo han sido—de las decisiones judiciales que incondicionalmente se basan en el dictamen medicolegal. ¡La rutina campante!

CUARTO PUNTO.—*Importancia del factor personal en las cuestiones medicolegales:*

Nada tendremos de comentar al respecto. Perfectamente claro es, que organismos inmunizados por el estado de salud perfecta o la resistencia vital, están en capacidad de defenderse mejor de los efectos mortales de las lesiones, pero continuamos dudando de que ocurra lo mismo en los casos de heridas necesariamente mortales.

QUINTO PUNTO.—*La Circular sobre «Evaluación de In-*

capacidades» procedente de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá en relación con la doctrina de los Médicos Legistas de este Departamento Dres. Jorge Sáenz y Juan Uribe Williansom.

Sin considerarnos autoridades en cuestiones medicolegales, aceptamos como muy clara, lógica y equitativa la doctrina de los Dres. Saenz y Uribe W. publicada en uno de nuestros artículos anteriores (la 2ª parte), porque resuelve todos los casos que pueden presentarse: la incapacidad de los inválidos, de los niños, de los vagos y de los demás individuos que no se hallan en condiciones anormales, todo lo cual se relaciona con las dos teorías sobre incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

La Circular del Dr. Lombana Barreneche que leímos con suma atención y creemos haber entendido, trata de la incapacidad especial para cada caso, según la naturaleza de la lesión y el órgano afectado, señalando una norma o pauta para determinarla en todos los casos análogos. Es decir, para crear doctrina. Empero, no resuelve la cuestión de incapacidad desde el complejo punto de vista expuesto en el párrafo anterior y en nuestros primeros artículos, en relación con el texto de nuestro Código Penal que habla de *incapacidad de trabajar como antes* y que se presta a muy serias dificultades en la práctica forense.

Debieran los Dres. Sáenz y Uribe Williansom defender su doctrina indirectamente tachada de deficiente—quizás sin sólida razón—por el Dr. Lombana Barreneche, en la carta que tenemos el honor de comentar.

CARLOS ANTONIO HOLGUIN.

Una cuestión de personería ⁽¹⁾

Tribunal Superior.

Medellín abril veintitres de mil novecientos veintitres.

VISTOS

En demanda fechada el cinco de febrero del año en curso, los Señores Justino G. y Luciano, titulándose socios de la sociedad colectiva de comercio que en esta ciudad gira con la razón de Fierro Vallejo Cía. pidieron la declaración en quiebra de esta Sociedad.

Previo el juramento que prescribe el Art. 57 de la Ley 40 de 1907, el señor Juez 1º de este Circuito proveyó de conformidad en auto de diez de los mismos.

Por escritura Número mil doscientos setenta y uno, otorgada el siete de junio de mil novecientos diez y nueve, se constituyó la Sociedad cuya quiebra se pide, y tanto allí, como en instrumentos públicos posteriores, relacionados con la misma, aparece que los socios colectivos, son Paul y Cía. y Donato.

En atención a que la demanda no la firmó el socio Donato, éste reclamó contra la providencia declaratoria, e interpuso, en

(1) Véase la nota final.

segundo término, el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior. Negado lo primero, se concedió lo segundo, y ha terminado la ritualidad de la alzada.

Como antes se expresó, la sociedad cuya quiebra se pide, se constituyó entre Paul y Cía. por una parte, y don Donato por la otra. Esa constancia la suministran, tanto la escritura constitucional que se deja citada, como el hecho primero fundamental de la demanda, y tiene una importancia decisiva en este asunto, como se verá a continuación.

En efecto, los demandantes señores Justino y Luciano, se presentan a demandar la quiebra de Fierro Vallejo y Cía. como socios de esta entidad, y ellos no tienen ese carácter, o al menos no aparece que lo tengan.

Ellos son socios colectivos administradores de Paul y Cía. según su declaración al otorgar la escritura social de Fierro Vallejo y Cía. pero por esa razón no quedan constituidos como socios de esta última, en la cual entró con esa calidad la sociedad que administran los demandantes.

En presencia, pues, del carácter peculiar de la sociedad, que forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados, según el inciso 2º del Art. 2079 del Código Civil, el socio colectivo es Paul y Cía. y esta firma constituye el estado civil y la personalidad del socio. (Art. 482 C. de C.); de donde se sigue que Justino y Luciano aunque sean socios administradores del socio colectivo de la sociedad quebrada, no son socios de esta última, y no tienen por ende personería para pedir su quiebra, ni como tales socios. (Art. 142, ib.), ni como acreedores, porque no aparece que sean. Art. 136.

Acaso se objetará que Justino y Luciano presentaron las pruebas de su personería como socios de Paul y Cía. y hablaron en ese carácter en el escrito de diez y nueve de febrero (f. 69). Es cierto. Lo hicieron. Posiblemente para tratar de subsanar el error anotado; pero eso no puede retrotraer la actuación y conferirles una calidad jurídica esencial para establecer la acción. El Tribunal debe observar si los demandantes tuvieron personería para ejercitar la acción; si aparece que no la tuvieron, la actuación es baldía, aunque después cambien su situación de partes en el juicio.

Resultando lo anterior de una manera irrecusable en los autos, vienen a ocupar un plano secundario e inútil para el resultado de este negocio, las otras cuestiones planteadas en el debate, como son, si debieron firmar la exposición sólo los socios colectivos, o basta con que lo hagan los que en ese momento se encuentran en el lugar, y si con la exposición se cumplieron los requisitos del Art. 138 del C. de Comercio en relación con los Arts 57 y 60 de la Ley 40 de 1907.

Con lo expuesto basta para revocar la providencia declaratoria que motiva este estudio.

Así, el Tribunal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto apelado, cuyo contenido y fecha y procedencia se dejan anotados.

El señor Juez *a quo* proveerá lo conducente a fin de que las

cosas vuelvan al estado que tenían cuando aquella providencia se profirió.

Sin costas.

Notifíquese cópiese y devuélvase.

FABIO GARTNER.

LUIS E. BERRÍO. SRIO.

EN EL MISMO ASUNTO.

Reconsideración.

Tribunal Superior.—Medellín Mayo quince de mil novecientos veintitres.

VISTOS.

Ha leído cuidadosamente el suscrito Magistrado, los dos memoriales que anteceden, firmados por el señor Luciano referentes al auto de veintitres del pasado.

El segundo de ellos explica los antecedentes del negocio, con el fin, dice el memorialista, de borrar cualquiera mala impresión que en lo moral o comercial haya podido producir el lenguaje de don Donato. El suscrito Magistrado puede dar a las partes la garantía de que siempre se sitúa en un plano superior a las partes contendoras para apreciar sus recriminaciones, mutuas o nó, con el valor entendido que tienen en vista de la situación en que los negocios las colocan; la forma de la expresión y aun la intención personal y privada que revista, no aporta nunca elementos al debate. La Moral es casi siempre extraña a las controversias judiciales y el Juez debe regirse por la conciencia judicial, que es la ley.

Previa esa observación, se estudiará el otro escrito, que va al fondo de la cuestión.

El peticionario invoca la reposición del auto proferido por el Tribunal, fundado en varias razones, que se estudiarán, en su orden, separadamente.

El primer motivo es que el comerciante que solicita la declaración de quiebra, cumple una obligación, pero no ejercita una acción; por tanto, a la manifestación del quebrado no puede aplicarse el criterio riguroso que valúa una demanda.

Error, sutil error. Acción no es solamente el derecho de exigir alguna cosa, sino también, en otra acepción, la manera como se exige, el camino que conduce a un fin. Si el quebrado tiene la obligación de manifestarse en quiebra, es porque tiene el derecho de exigir la correspondiente declaración; ese derecho es ejercicio de la acción de pago por cesión de bienes, que el deudor puede implorar, no obstante cualquier estipulación en contrario, y tiene por objeto instaurar el juicio de concurso de acreedores.

Esa acción, esa vía que adopta el quebrado, para pagar lo que debe, tiene que ejercitarla él, personalmente, por medio de su representante legal. Cómo implora el deudor la cesión? Por medio de una demanda, esto es, por medio de una petición que

se dirige a un Juez para que mande hacer efectiva una obligación (Art. 263 del C.J.). Según eso, la obligación del sujeto quebrado se cumple por medio de una demanda.

Si pues, el deudor ejercita una acción, debe ejercitarla en forma de petición al Juez, es decir, en forma de una demanda. Esto es, sobre claro, trivial. El mismo lenguaje del reclamante lo condena: «el quebrado ha de cumplir con el deber legal de comparecer a declarar que ha fallecido civilmente.» Comparecer a declarar que ha fallecido, es demandar la quiebra.

Al Magistrado le llaman la atención con subrayas de lápiz en el vocablo solicitud, en la demanda. Pues bien: esa pieza fué leída varias veces; solicitud es petición, y petición es demanda.

La segunda razón es que por elipsis, omitieron decir los peticionarios que eran socios de Paul y Cía. y dijeron sencillamente que obraban en nombre de Fierro Vallejo y Cía.

Las cosas no ocurrieron tan superficialmente como lo pretende el reclamante, con el fin visible de hacer aparecer la providencia criticada como cimentada sobre la deleznable y ligera base de una figura retórica, para atacar la teoría del fallador por reposar en formulismos recogidos y en palabras sacramentales a bolidas.

No fué por una elipsis de forma, por lo que Luciano y Justino demandaron como lo hicieron, la quiebra de Fierro Vallejo y Cía. Todo el que demanda, o solicita, o pide, debe manifestar el carácter en que lo hace, y probarlo cuando se representa a otro. Eso lo sabe demasiado el distinguido jurisconsulto que patrocina al reclamante, pues es elemental en procedimientos.

Pero los actores sí dijeron claramente el carácter con que obraban: como socios de Fierro Vallejo y Cía. Ellos creyeron que eran tales socios, y de allí la grave omisión, que llaman elipsis, pues por ello no representaron en nombre de Paul y Cía., y por lo mismo, no probaron ese carácter, para pedir o solicitar por el socio.

La subraya con lápiz, hecha en la demanda con posterioridad al auto del Tribunal, que recuerda la práctica de dos famosos litigantes de Antioquia, abona la jurídica tesis del auto, porque los peticionarios obraron en representación del socio para constituir la sociedad quebrada, y debieron haber hecho lo mismo para pedir la quiebra de Fierro Vallejo y Cía.

Tan evidente resulta y resalta esto en autos, que para representar el diez y nueve de febrero, con posterioridad al auto apelado, se acogió el abogado a la tesis sentada por el Tribunal e hizo que los peticionarios trataran de subsanar la omisión con la presentación de la pieza que los acredita como representantes del socio, y pidieron en nombre de éste. De nada vale que se le subrayen al Magistrado las expresiones de ese memorial, porque él, que estudia los negocios hasta donde sus alcances se lo permiten, tuvo en cuenta esa circunstancia y estampó en el auto criticado estos conceptos, que no leyó ni rebatió el reclamante y que el Tribunal sostiene.

«Acaso se objetará que Justino y Luciano presentaron la prueba de su personería como socios de L. Aristizábal y Cía. y hablaron en ese carácter en el escrito de diez y nueve de febrero

(f.69). Es cierto. Lo hicieron. Posiblemente para tratar de subsanar el error anclado. Pero eso no puede retrotraer la actuación y conferirles una calidad jurídica esencial para establecer la acción. El Tribunal debe observar si los demandantes tuvieron personería para ejercitar la acción; si aparece que no la tuvieron, la actuación, es baldía, aunque después cambien su situación de partes en el juicio.»

Lo correcto de la petición de diez y nueve de febrero, no subsana la grave irregularidad de la solicitud de quiebra, porque es un principio de procedimientos que el Juez no puede resolver sino con las constancias de autos; por tanto, para estudiar el auto apelado, sólo deben considerarse los documentos en que se fundó la demanda.

No es el caso de poner en conocimiento de las partes la nulidad, de acuerdo con el Art. 134 de la Ley 105 de 1890, porque se trata de resolver sobre la legalidad del auto que inicia el juicio; aquello sería procedente si ese auto estuviera firme. Actuar de distinta manera sería un contrasentido, porque equivaldría a aceptar el auto apelado al propio tiempo que reconocer la ilegalidad de la nulidad. De suerte que no es el caso de ratificar; se trata de saber si el auto vive o nó por haber sido provocado por personas que no tenían facultad para ello; se trata de saber si el juicio prospera o nó, y mal podría procederse como si hubiera prosperado.

Para concluir, crítica el peticionario la providencia por no aparecer firmada por la Sala plural, y hace este raciocinio: Si el auto que declara la quiebra tiene caracteres peculiares de sentencia, debe resolverse su apelación como si fuera sentencia, es decir, por la Sala plural.

Aparte de que ese auto no es la sentencia definitiva en el juicio de concurso de acreedores, el Art. 83, en relación con el 81 del C. J. no le atribuye a la Sala plural la facultad de fallar esta apelación, y de que tenga caracteres de sentencia no se sigue que deba fallarlo forzosamente la Sala plural; las sentencias en los juicios sumarios son definitivas y conoce de ellas la Sala unitaria correspondiente.

Dada la insistencia con que el señor Luciano considera la base del auto como un mero formulismo, hijo del latinismo, que quizá no se le pueda achacar demasiado al Magistrado que suscribe, será preciso repetirle que el problema contemplado en estos asuntos es de fondo; se ejercita una acción por quien no tiene facultad para hacerlo; o bien, para amoldarse a la terminología del peticionario, se quiere cumplir un deber por quien no tiene la petición.

A su turno, el Magistrado, considera que ha estudiado todos los puntos del reclamo, que deja este negocio en su ánimo una convicción honrada de acatamiento a la ley.

Por tanto, se niega la solicitud precedente.

Notifíquese y cópiese.

Fabio Gartner.

Luis E. Berrío, Srio.

NOTA.—Advertimos que lo anterior dice relación a algo

que bajo el título: «Nuevas Teorías sobre Quiebra» publicamos en el N.º 95.

Hemos hecho uso de nombres supuestos, en primer lugar, para que concuerde con el estudio de que hablamos, y en segundo lugar, por ser este un asunto hasta cierto punto privado y demasiado reciente.

MALANDANDANZAS DE UNA DEFINICION DE LA PROPIEDAD: EL "IUS ABUTENDI"

(Continuación)

En el número anterior libramos al Cuerpo de Derecho civil romano del falso testimonio que doctos e indoctos le han levantado, como si en él se definiera la propiedad: *ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*. Más aún: no hallamos el *ius abutendi* en la definición de egregios comentadores y romanistas antiguos y modernos de todas las escuelas y naciones. Falta ahora seguir la pista de los que realmente lo incluyeron, ora en la definición, ora en los elementos constitutivos o en los efectos del dominio.

Porque sin duda lo hubo. Ya vimos que Ortolán, en el siglo XIX, reparó en que eran muchos.

El belga Silvio, que en la primera mitad del siglo XVII profesó más de treinta años la teología en Douai, explicando su definición en que no entra el *ius abutendi*, escribe: «Algunos (*quidam*) definen el dominio diciendo que es el derecho y la potestad de usar y abusar de alguna cosa en cuanto lo permita la ley» (*ius ac potestas re quapiam utendi et abutendi, quatenus lege permittitur*). (1)

El francés Pothier, nos entera en sus *Pandectas*, impresas en el siglo XVIII, que comúnmente (*vulgo*) se define *ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*. (2)

El alemán Förster, en un tratado especial sobre el dominio, impreso en el siglo XVII, asegura que los más de los modernos (*recentiores plerique*) enseñan que el dominio es el derecho, no solamente de usar, mas también de abusar de una cosa corporal y de enajenarla y vindicarla, en cuanto lo permite el derecho (3). Tres autores nombra como ciertos, y otro con un modesto parece (*videtur*). Este último es Cephalus; aquellos tres: Schenk, Harpprecht, Giphanius. No hemos podido ver a Schenk.

(1) *Francisci Sylvi. . . . commentarii in totam secundam secundae S. Tomae Aquinatis*. (Antuerpiae, 1697.) In q. 66, a I, quaeritur I, pág. 429.

(2) *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*. Tomus tertius. Nova editio. (Lugduni, 1782.) Pág. 99, col. 1ª.

(3) *Tractatus insignis ae Dominio*, a VALENTINO GUILIELMO FÖRSTERO, J. C. Vittebergae, M.DC.LVIII. Pág. 14.

Harprecht tiene esa definición por excelente (*mihi perfectissima optimaque videtur*). Mas Giphanius, en la edición que hemos consultado, no menciona el *ius abutendi*, como puede verse en su definición, alegada en castellano en el número anterior y que damos aquí en latín: *ius re corporali liberi utendi, eamque et alienandi et vindicandi* (1). Lo curioso es que Harprecht dice que Jacobus Schegkius tomó de Giphanius la definición del *ius abutendi*. Si este Schegkius es Schenk, como pensamos, no pudo tomarla de la edición que nos ha sido dado consultar.

Como quiera que sea, hubo romanistas que mencionaron el *ius abutendi*. Bien que con esta verdad no desaparece toda duda. ¿Qué significado atribuyeron a *abutendi*? ¿La usual del verbo *abusar* en las lenguas romances, esto es, hacer mal barato de una cosa, desperdiciarla, dilapidarla, todo, en suma, lo que puede comprenderse en el *abuso*, en el *uso vicioso*? No y sí. Al decir del teólogo belga referido, los que definen el dominio por el derecho de *abusar*, dan a este vocablo, no la significación que «suele dársele», sino otra «muy diferente», a saber: la de *consumir*. Este sentido parece tener en la definición que trae Kahl en su *Diccionario jurídico: derecho y potestad, así de usar como de abusar de alguna cosa, en cuanto lo permite el Derecho civil*. Luego añade que la diferencia entre el usufructo y el sólido dominio consiste en que *usus in usufructu est, non abusus*, por donde da a entender que este *abusus* (cuya explicación daremos más adelante) es el *abutendi* de la definición (2).

Ortolán, aun reconociendo que la definición *ius utendi, fruendi et abutendi*, etc., no pertenece al derecho ni a los jurisconsultos romanos, todavía cuenta el *ius abutendi* entre los diferentes derechos incluidos en el dominio, pero lo explica de este modo: *el derecho de disponer de la cosa, ya enajenándola o ya aún destruyéndola*, y advierte que en latín *abusus* llevaba consigo la idea de un uso que destruyese y consumiese la cosa, mas no la de un uso immoderado (3). Pellat, en la nota a Marezoll, mencionada en el número anterior, explica el *ius abutendi* como derecho de hacer un uso definitivo, que no es, como el uso y el disfrute expresados por las dicciones *uti* y *frui*, capaz de renovarse, de repetirse (4). Más explícitos son todavía los Sres. Rada y Delgado. Después de definir el dominio la *facultad de poseer, de aprovecharnos exclusivamente y de disponer de una cosa corporal, a no ser que lo impida la ley, la voluntad del testador o alguna convención*, añaden: «Los elementos constitutivos del

(1) D. Huberti Giphanii IC. praestantissimi. *In quatuor libros Institutionum iuris civilis Justiniani Principis commentarius absolutissimus*. (Argentorati, 1611.) 2ª. edición, pág. 137.

(2) *Lexicon iuridicum iuris caesarei simul, et canonici...* Studio et opera Johannis Calvini, alias Kahl. Coloniae, M.DC.XXII. Pág. 301.

(3) *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Traducción de D. FRANCISCO PÉREZ DE ANAYA Y D. MELQUIADES PÉREZ RIVAS. Tomo I, páginas 298-299.

(4) *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des romains*. Seconde édition. Págs. 233-234.

dominio, que es el derecho más absoluto que podemos tener sobre las cosas, puede decirse que son cuatro: el derecho de *usar* (*ius utendi*); el de *disfrutar*, o sea percibir los frutos (*ius fruendi*); el de *reivindicar*, o sea el de recuperarlas cuando están en poder de un detentador (*ius vindicandi*); y, por último, el de *abusar*, o sea el de destruir la cosa de una manera definitiva (*ius abutendi*). Debemos advertir que la palabra *abusar* no tenía entre los romanos la significación que en nuestro idioma, pues con ella no querían significar la destrucción caprichosa y estéril de un objeto, sino el consumo definitivo y justificado que de él se hacía» (1).

Esta misma parece ser la opinión que se lee en la obra litografiada *Sumario de las explicaciones del profesor de la asignatura de Derecho romano de la Universidad Central, arregladas al programa del mismo por C. de la R., abogado; tomo II, segunda edición. Madrid, 1901*. En la lección 46 se dice: «Para los romanos era el dominio *plena in re potestas*.» «Potestad plena, amplia, absoluta, sin otra limitación que la que imponga la moral o las leyes» (pág. 452). Poco antes se reducen las facultades del dominio «a las que designaban los romanos con las frases: *ius fruendi, ius utendi* y *ius abutendi*». Pero la tercera, o el *ius abutendi*, la explica en esta forma: «La tercera, el de destruirla o consumirla cuando sea necesaria esta manera de uso para servirse o aprovecharse de ella» (pág. 445).

No piensa de otra suerte el profesor italiano Gasparolo, que de su definición *derecho de disponer de alguna cosa a voluntad con exclusión de los demás*, saca tres derechos: *ius retinendi, ius disponendi, ius excludendi*. El segundo es «el derecho de disponer de una cosa perfectamente, esto es, a voluntad, y de toda la utilidad de la cosa». A lo cual añade esta nota: «De ahí las palabras *uti, abuti* en los romanos.» A continuación advierte que *abuli* significa «la facultad de consumir la cosa»; «por lo cual—prosigue—algunos acusan de imperfecta aquella definición del dominio «*ius utendi, fruendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*», como si en este punto mediase alguna diferencia esencial entre el uso y el abuso, siendo así, por el contrario, que el abuso no es sino el uso hasta la consumación» (2).

A no ceñirnos a las obras de Derecho romano, podríamos extender a otras la investigación; pero no nos parece bien omitir esta cita de un autor de Derecho civil español:

«El DOMINIO puede decirse que es la manifestación más enérgica, la manifestación por excelencia del *Derecho real*. *Plena in re potestas* le definía elegantemente el Derecho romano, y, en efecto, no otra cosa es el *Dominio* que el poder *absoluto, omnímodo en nuestras cosas, pero racional e inteligente*.

»Los romanos completaban su definición señalando cuáles eran los derechos en el dominio contenidos como elementos in-

(1) *Elementos de Derecho romano...*, por los doctores D. JUAN DE DIOS Y DON FABIO DE LA RADA Y DELGADO. Madrid, 1886. págs. 98-99.

(2) FRANCISCUS GASPAROLO: *Ius civili romanum*, volumen III. Senis, 1902, página 2.

tegrantes de su existencia, con la denominación de *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*, derecho a usar de la cosa en toda su extensión, de gozar cuanto la cosa produjera, y de consumirla y destruirla en caso necesario.

»Los modernos tratadistas han impugnado la teoría romana, fundándose en que el *abuso* no puede jamás constituir un derecho ni racional ni positivo, sin tener en cuenta que la palabra *abutendi* no significaba entre los romanos lo que quieren hacerla significar los tratadistas; no, era, como éstos dicen, el derecho de incendiar la cosa que estaba en el dominio; era el derecho de disfrutar de ella en toda la extensión de la cosa misma, de consumirla, de destruirla, cuando esto era necesario para que la cosa en cuestión realizase su objeto» (1).

Nadie se equivoque pensando que los tres derechos enumerados por el Sr. Fernández Elías se reseñen como efectos del dominio en algún texto del Derecho civil romano. *Ius utendi fruendi* se halla en sus propios términos, v. gr., en la definición del usufructo; pero la expresión *ius abutendi* no sabemos que hasta hora nadie la haya podido comprobar.

En suma, hasta aquí ni el más esquilimoso tiene motivo de hacer aspavientos contra la «vieja fórmula del Derecho romano», que dijo uno de los más calificados voceros de la concentración democrática. ¿Lo habrá para enojarse contra otros tratadistas que no eximieron el vocablo latino de la escoria que en las lenguas romances se pega a *abusar*?

Porque, efectivamente, con tanta latitud interpretaron algunos el *ius abutendi* por ellos fabricado, que lo entendieron del uso vicioso. Nadie, que sepamos, más crudo que Hotman. «El dominio en derecho civil es doble: uno, ilimitado (*infinitum*), que consiste en el derecho de usar y abusar de alguna cosa, esto es, de disipar, de perder, de dilapidar a su arbitrio; otro, limitado (*finitum*), que es un derecho circunscrito por ciertas leyes, y aun a veces en tan estrechos términos, que parece casi inane y mudo, como cuando el heredero fiduciario no tiene derecho de enajenar *ultra quadrantem*» (2). Mas en otra obra define el dominio: *plena potestad de disponer de una cosa a su arbitrio* (3).

Muy pagado estaba Harpprecht, como vimos, de su definición, a saber: *derecho, no sólo de usar, sino también de abusar de una cosa corporal, de enajenar y vindicarla, en cuanto el derecho lo permite*. Funda esta cortapisa en que «no es lícito al dueño usar mal de su cosa» (4), con lo cual parece que no habría de entender *abusar* por *usar mal*. Con todo eso, en otra parte, sentando como principio que cada cual es «moderador y árbitro de

(1) *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español...*, por el doctor D. CLEMENTE FERNÁNDEZ ELÍAS. Madrid, 1873. págs. 396-397.

(2) *Disputatio de Feudis*, cap. XXX. (Francisci Hotmani iuriconsulti operum, tomus secundus, M.D.XCIX, col. 874.)

(3) *Consilia*. Cons. CXII, n. 16. (*Ibid.*, col. 542.)

(4) *Tohannis Harpprechtii iuriconsulti commentarius ad Instituta*, editio tertia (Francofurti ad Moenum, 1708), tomo II, págs. 284-285.

sus propias cosas, aun *abusando*», saca esta consecuencia: «por tanto, si bien importa a la república que no haya quien use mal de su cosa, de ahí no se infiere no ser lícito de ningún modo usar mal en la cosa propia» (1). Los romanistas echarán de ver que aquella salvedad de la república no la forjó de su cabeza Harpprecht, sino que la tomó de la *Instituta*, tit. VIII, § 2º., libro 1º.

Pothier, que en sus *Pandectas* definió el dominio: *ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*, en el tratado francés sobre la propiedad se expresó de este modo: «Ce droit de propriété, considéré par rapport á ses effets, doit se définir: le droit de disposer á son gré, d' une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d' autrui, ni aux lois: *Ius de re libere disponendi, ou Ius utendi et abutendi*» (2). Nada hay aquí de uso irracional, pero luego, entre los derechos del propietario, enumera expresamente el de usar mal.

El jurisconsulto Cephalus, que en un lugar de sus *Consejos* o *Respuestas* aprueba la definición de Bártolo, en otro, hablando a distinto propósito, escribe que «cada cual es en sus cosas moderador y árbitro, y esto aun abusando», dando a la palabra mal sentido, como se colige de las leyes que alega en confirmación (3). Por esto le pareció a Förster que podía juntarlo con los que definen el dominio por *ius abutendi*.

El profesor de Derecho cesáreo en Padua, Santiago Menochio, definía el dominio: *plena propiedad de enajenar y propiedad de disponer a voluntad*; mas de esta libre disposición deducía que el dueño podía arrojar al mar su cosa, bien que añadía dos excepciones: cuando el Derecho lo prohibía o cuando se seguía perjuicio de tercero (4). Esta doctrina de Menochio la menciona Förster sin reprobarla, mas él tampoco incluye el *ius abutendi* en su definición, que dice así: *Ius patrimonii, rei dominandi* (5). *Patrimonio* dice para hacer constar que se trata del dominio privado.

Entre los autores más modernos, van Wetter escribe: «Ciertamente el derecho del propietario puede llegar hasta el abuso, pero ésta no es una razón para que se defina la propiedad, como lo hacían los antiguos intérpretes, *ius utendi, fruendi et abutendi*; el abuso está comprendido en el derecho ilimitado de usar: no necesita, pues, de una mención especial» (6).

No disiente de esta doctrina Girard, en cuyo *Manual* se lee:

(1) *Idem*, tomo III, pág. 265.

(2) *Traité du droit de domaine de propriété*. Première partie, chapitre premier. (*Œuvres*, tomo IX, pág. 103. Paris, 1846.)

(3) *Johannis Cephalii Ferrariensis, IC. clarissimi, conciliorum sive responsorum iuris libri quinque* (Francofurti, M.DC.XXIV). Cons. 35, n. 42, tomo I, página 102, col. 2ª.—Cons. 307, n. 84, tomo III, págs. 48-49.

(4) *Consiliorum sive responsorum*, D. IACOBI MENOCHII: Liber octavus. Venetiis, MDCIX. Consil. DCCCXCVI, n. 5 (págs. 326-327). Cons. DCCXCVIII, números 1-4 (pág. 310). *Ibid.*, n. 8 (pág. 310). Liber tertius, fol. 99 v., Cons. CCXXVI, n. 50, nn. 4-6.

(5) *Tractatus insignis de Dominio*, págs. 374-376; págs. 16-17.

(6) *Curso elemental de Derecho romano*, por P. VAN etc.

La propiedad «es la dominación completa y exclusiva de una persona sobre una cosa corporal (*plena in re potestas*)... Nuestros antiguos autores analizaban sus efectos en los tres derechos de usar, disfrutar y disponer (*uti, frui, abuti*). Puede añadirse que el derecho del propietario de obrar a su talante implica también el de no obrar, el de descuidar la cosa, de dejarla perecer o deteriorar por falta de cuidados. La propiedad es en todos estos aspectos el derecho más absoluto que puede tener el hombre sobre una cosa; pero, con todo eso, aun en Roma este derecho no es, por más que a veces se haya afirmado, un derecho ilimitado; comporta restricciones aun en Roma y en la época más remota» (1).

En conclusión, varios romanistas, desde la segunda mitad del siglo XVI admitieron explícitamente el derecho de abusar o usar mal. Esto no obstante, no los condenamos de ligero. Ya se ha visto que Harpprecht protesta con las mismas *Instituciones* de Justiniano ser de importancia para la república que nadie use mal de su propiedad. Menochio y Förster ponen restricciones, y Girard nos avisa que aun en tiempos más remotos las estableció el Derecho romano. Pothier, después de reconocer el derecho de usar mal, juzga reo de considerable injusticia para con el público el comerciante que en tiempo de carestía, en expectación del alza de los precios, deja pudrirse una gran cantidad de trigo, porque «la ley natural no permite dejar perder una mercancía de primera necesidad en perjuicio del público que la necesita» (2).

¿Qué entendían, pues, por *derecho* cuando de abuso se trataba? Sencillamente, la ausencia de responsabilidad civil, si la ley no prohibía o castigaba el uso inmoderado, mas no la ausencia de responsabilidad moral y social. De ahí la restricción *en cuanto la ley lo permite, o en cuanto lo sufre la razón de derecho, o en cuanto lo permite el derecho, o en cuanto lo permite el derecho civil, o también si la ley no lo prohíbe*. Esta ley, como se colige de sus evidentes explicaciones, no era la ley natural además de la civil, según alguien ha supuesto, sino simplemente la civil. Consideraban las facultades del propietario según el derecho civil, sin pretender que cuanto éste permitía fuese por el mismo caso honesto. ¿Cómo habían de pretenderlo cuando el mismo Derecho romano les enseñaba lo contrario? ¿Pues no hay en el *Digesto* una regla de derecho, la 144, que avisa: «No todo lo que es lícito, es honesto»? Esto es, conforme a la declaración de los comentadores: no todo lo que la ley civil permite o no castiga, es honesto. ¿Se reprobará que la ley humana no castigue todos los abusos? Pues repruébese a San Agustín, porque disputando sobre el libre albedrío, halló razonable que la ley civil concediese y dejase impunes muchas cosas que castiga la divina providencia(3). Repruébese a Santo Tomás, que escribió: «como la ley humana se establece para la multitud de los hombres, cuya mayor parte se compone de los que no son perfec-

(1) *Manuel élémentaire de Droit romain*, par PAUL FRÉDÉRIC GIRARD. Cinquième édition. Paris, 1911, pág. 255.

(2) *Traité du droit de domaine de propriété*. (*Ceuvres*, tomo IX, pág. 107.)

(3) *De libero arbitrio*, lib. I, c. V. (Migne, 32, 1228, n. 13.)

tos en la virtud, por eso en la ley humana no se prohíben todos los vicios, de que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, de los que es posible se retraiga la mayor parte de la multitud, y principalmente los que redundan en daño de otros, sin cuya prohibición no podrá conservarse la sociedad, como se prohíbe por la ley humana los homicidios, robos y semejantes» (1). No en vano distinguió el mismo San Agustín entre lo lícito por el derecho del foro y lo lícito por el derecho del cielo (*iure fori, iure poli*) (2).

(Continuará).

NOTAS

POR LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL.

El Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia
CONSIDERANDO:

1º Que la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de nombrar como Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín a los señores doctor Juan Evangelista Martínez, doctor G. Gómez Z. y doctor Ricardo Estrada, a pesar de figurar dichos jurisconsultos en lugar sobresaliente en las ternas formadas por la Asamblea Departamental:

2º Que dichos señores han desempeñado con rectitud y capacidad singulares sus funciones de Magistrados del Tribunal de Medellín;

3º. Que teniendo en cuenta las personas favorecidas en lugar de los mencionados Magistrados salientes, el cambio es desfavorable para la buena administración de justicia:

RESUELVE:

1º. Lamentar profundamente la separación del Poder Judicial de los competentes Magistrados señores doctor Juan E. Martínez, doctor Gonzalo Gómez Z. y doctor Ricardo Estrada;

2º. Hacer sinceros votos por que el Poder Judicial recupere la independencia y respetabilidad que tan necesarias le son para cumplir debidamente la delicada misión que le está encomendada.

La presente proposición será comunicada a los señores Martínez, Gómez Z. y Estrada y publicada en «Estudios de Derecho» y en la prensa de la ciudad.

Medellín, 11 de Julio de 1923.

El Presidente,

MANUEL M. CHAVARRIAGA.

El Secretario,

ALFONSO MEJÍA MONTOYA.

(1) 1-2, 96, 2c. Traducción de Abad de Aparicio.

(2) *Sermo* 355. (Migne, 39, 1572, n. 5.)

Telegrama.—Presidente Senado, Cámara—Bogotá.

Centro Jurídico presido háse impuesto cursa en Cámara Proyecto confía exclusivamente Corte Suprema elección Magistrados Tribunales. Respetuosamente os manifiesta que, para que ese Proyecto dé resultados benéficos se buscan, es indispensable integrar Corte individuos capaces sobreponerse influencias, intrigas malsanas. La reciente exclusión hizo Corte mejores elementos existían Tribunal Medellín respalda nuestro aserto.

MANUEL CHAVARRIAGA—Presidente del Centro Jurídico.

Nos adherimos al telegrama anterior.

LUIS M. ESCOBAR N.—Director de «La Defensa».

RICARDO URIBE ESCOBAR—Director de «El Correo Liberal»

GABRIEL CANO—Director de «El Espectador»

IGNACIO DUQUE—Director de «Colombia».

Manifestación de sentimiento.—Medellín, a 10 de Julio de 1923.

Señores doctores Juan Evangelista Martínez, Ricardo Estrada y Gonzalo Gómez Z.—Ptes.

La rectitud y competencia con que habéis desempeñado vuestros empleos en el Tribunal Superior de Medellín, hacen singularmente sensible vuestra separación del más alto Cuerpo Judicial de Antioquia; y las circunstancias especiales que rodean vuestro retiro, aumentan nuestro sentimiento y nos obligan a desear ardientemente, para bien de Colombia, la reforma de nuestras instituciones en el sentido de dar efectiva independencia a nuestro Poder Judicial.

Recibid, señores, el testimonio de nuestra respetuosa consideración.

(Los que suscribimos somos todos estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia).

Gabriel Botero Dz., Manuel Restrepo Jiménez, L. Navarro Ospina, Roberto Luis Quintana, Ignacio Navarro, Carlos Betancourt E., Alberto Restrepo Uribe, L. Emilio López S., Salvador Orozco, Luis Toro Escobar, Horacio Tobar H., José María González, Luis Arcila Montoya, Pedro R. Gómez, Antonio Jaramillo E., Raúl Paneso, Alfonso Londoño S., Antonio Mejía M., Manuel M. Chavarriga, D. Viana E., Juan R. Jiménez, Diego Restrepo J., Francisco Luis Giraldo R., L. Ospina Vásquez, Juan Rafael Múnera T., José Luis Gallo.



ERNESTO ESCOBAR M.

La desaparición de este distinguido estudiante del cuarto año de la Escuela de Derecho, ocurrida en el mes de Julio, ha dejado un vacío notable entre sus compañeros y ha malogrado muchas esperanzas.

El extinto había nacido en Girardota en el año de 1.899, hizo la mayor parte de sus estudios secundarios en la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad de Antioquia. En uno de los concursos abiertos durante el año de 1.922 entre los estudiantes de Jurisprudencia obtuvo el primer premio con un interesante estudio acerca de la fuerza mayor o caso fortuito en el derecho civil colombiano, trabajo que fue publicado en «Estudios de Derecho». Colaboraba asiduamente en la prensa de la ciudad y en las últimas elecciones para Diputados había sido elegido como suplente.

El Centro Jurídico, al cual perteneció en época pasada, aprobó unánimemente la siguiente proposición:

«El Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia lamenta el fallecimiento del señor Ernesto Escobar M. distinguido estudiante del 4º. año de la Escuela de Derecho y ex-socio de la corporación.

La anterior proposición será publicada en «Estudios de Derecho», y, en señal de condolencia, será comunicada a la familia del finado».

El Presidente.

MANUEL M. CHAVARRIAGA

El Vicepresidente 1º.,

CARLOS BETANCOURT E.

El Vicepresidente 2º.,

LUIS TORO ESCOBAR

El Srío.,

ALFONSO MEJIA MONTOYA