

Registrado como artículo
de 2ª clase en el Minis-
terio de Correos y Telégra-
fos el 7 de julio de 1939.
— Licencia número 819. —

ESTUDIOS DE DERECHO

**ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

NUMERO 11

MEDELLIN. — COLOMBIA. — AGOSTO DE 1942.

APARTADO POSTAL Nro. 165

Imp. Universidad — Medellín

ESTUDIOS DE DERECHO

PUBLICACION TRIMESTRAL

DIRECTORES:

JULIO CESAR GARCIA

Rector de la Universidad

LAZARO TOBON

Decano de la Facultad

F. LUIS BUSTAMANTE B.

Secretario de la Facultad

COMITE DE REDACCION:

ASUNTOS JURIDICOS	Dr. FIDEL RODRIGUEZ Prof. de Introducción a la Ciencia del Derecho
	Gustavo Bernal Restrepo Leonidas Cuervo Restrepo
ASUNTOS ECONOMICOS	Dr. FRANCISCO RODRIGUEZ MOYA Profesor de Economía Política
	Hernando Agudelo Villa Libardo Lozano Guerrero
ASUNTOS ADMINISTRATIVOS Y SOCIALES	Dr. DIEGO TOBON ARBELAEZ Profesor de Derecho Administrativo
	Manuel José Escobar O. Jaime Isaza Cadavid
JURISPRUDENCIA	Dr. FIDEL RODRIGUEZ Profesor de Pruebas Judiciales
	Mario Velásquez Sánchez Gonzalo Castrillón C.
COMENTARIOS	Haydee Eastman C. Jorge Montoya Toro Libardo Lozano Guerrero

ADMINISTRADOR:

F. LUIS BUSTAMANTE B.

Director de la Biblioteca

NOTAS FORENSES

En relación con los contratos de arrendamiento de minas por parte de las sociedades ordinarias, cuando no median estipulaciones entre los socios y tienen que regirse por las disposiciones que sobre aquella materia trae el Código de Minas, hubo siempre discusión sobre quién podía celebrar esos contratos. Sostuvimos insistentemente que el presidente o director y sobre el particular publicamos un estudio, en Noviembre de 1938, en la revista *Derecho*, en el cual dijimos:

"Si la sociedad debe tener una voluntad y ella es una entidad ficticia, ha de tener un órgano para expresar aquélla, y ese órgano es su representante legal, el presidente o director, que tiene voluntad propia, porque ese representante reemplaza al representado como dijimos ya. La limitación de sus atribuciones resulta del objeto de la sociedad, que en las sociedades ordinarias es únicamente el laboreo de las minas.

"Laborear una mina es hacer el conjunto de labores necesarias para explotarla, es decir, para el acto material de extraer los minerales que contiene, y el laboreo puede hacerse por varios procedimientos, porque el propietario no posee sino la naturaleza y tiene que reunir los otros dos factores de la producción, el capital y el trabajo. Muy bien puede el minero ser el empresario de la explotación, uniendo a ese carácter el de capitalista por el suministro de dinero que esa explotación requiere y con el cual consigue, entre otras cosas, el trabajo; asociarse con un capitalista para correr ambos los riesgos de la producción y ser empresario; o dar la misma en arrendamiento a otra persona para que ella sea la empresaria y corra los citados riesgos. Todos estos procedimientos son casos de laboreo de las minas, y no es una audacia sostener, con apoyo en las consideraciones antecedentes, que el presidente de una mina puede darla en arrendamiento por su propia cuenta en el caso de que no hubiere las estipulaciones de que habla el artículo 254 del Código de Minas, o los reglamentos como las denomina el 284 *ibídem*. Si el presidente tiene la aprobación de la mayoría de los accio-

nistas el acto del arrendamiento tiene mayor seguridad, porque la sociedad es la que debe aprobar las cuentas, y porque la forma de laboreo escogida por él tiene el asentimiento de la misma mayoría". Esta cuestión fue planteada ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia, y esa autorizada corporación la resolvió en términos iguales que transcribimos en seguida:

"...Para resolver sobre el cargo formulado por el recurrente, es la oportunidad de concretar cuáles son las facultades y atribuciones del presidente o director de una sociedad ordinaria de minas y a ello se procede:

"El presidente o director de una sociedad ordinaria de minas es el mandatario y personero de la comunidad minera y como tal su representante legal. Por el hecho de ser nombrado queda investido, no sólo de las atribuciones y facultades que se le señalen y otorguen en los reglamentos y estatutos, sino de todas aquéllas que son necesarias para el cumplimiento de la finalidad que persiguen los asociados al constituir la comunidad comercial minera. De manera tal que dicho presidente o director debe considerarse como un mandatario suficientemente autorizado por el compromiso social para desarrollar y adelantar todas aquellas actividades que se relacionan con la explotación y cateo, explotación y laboreo del mineral.

"Todo acto o contrato que dentro de esa órbita celebre o ejecute, queda comprendido dentro de sus facultades y atribuciones naturales de mandatario de la sociedad ordinaria de minas. Esas funciones relacionadas con la administración y explotación del mineral no pueden tener otras limitaciones que las que expresamente hayan acordado los socios, en uso de la facultad que les concede el artículo 254 del C. de M.

"La explotación y laboreo del mineral puede realizarlo la sociedad, ya directamente por medio de elementos y equipos de su propiedad, ya indirectamente por conducto de otras personas o entidades, en virtud de contrato de arrendamiento. Tal es el caso de autos, en lo que se refiere a las zonas arrendadas a Arbeláez.

"Considera la Corte que el arrendamiento de las minas es un acto meramente administrativo, ya que tiende a la explotación del metal por medios indirectos pero lucrativos y susceptibles de apreciables rendimientos comerciales. Es indudable que el presidente o director de una sociedad ordinaria de minas está facultado para celebrarlo, ya sea que se le haya conferido esa atribución o no, porque el mandato que ostenta según nuestro derecho minero alcanza, como es elemental, a todos los actos o contratos que se relacionen con la explotación del ne-

gocio y que tiendan a desarrollarlo en beneficio de la sociedad.....”

También ha sido una cuestión discutida la de saber a quién afecta el pago que haga un banco de un cheque falsificado, en presencia del artículo 191 de la ley que reglamenta la materia de los instrumentos negociables que dice que “todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado”. Son dos los puntos que provoca esta disposición: a). Si lo prescrito por la ley se puede variar por acuerdo entre las partes interesadas; b). Si el depositante está eximido absolutamente de responsabilidad o la tiene en casos de culpa.

En un estudio que sobre este punto publicamos en Julio de 1929, sostuvimos que lo dispuesto en el citado artículo 191 no es de orden público, y que un contrato que varíe la responsabilidad tiene efecto legal dentro del régimen de la libertad de las convenciones, pero no tan ilimitado que pueda librar de toda responsabilidad al banquero. Después de tantos años sostenemos el mismo concepto, pues no alcanzamos a ver el interés social en que sea el banquero y no el depositante el afectado con el pago del cheque falso.

Transcribimos la síntesis de lo que en aquel tiempo dijimos:

“Nuestro concepto sobre el punto debatido es que el mencionado artículo 191 de la ley 46 de 1923, que hace responsable al banquero del pago de un cheque falso, no es tan absoluto que pueda librar de responsabilidad al depositante; y que el contrato, dentro del régimen de la libertad de las convenciones, tiene efecto legal, pero no tan ilimitado que pueda librar de toda responsabilidad al banquero. Hay necesidad de estudiar caso por caso para resolverlo, y la solución que se de a uno no puede servir de norma para la solución acertada de todos”.

La Corte Suprema de Justicia aceptó también esta tesis en una sentencia de nueve de Diciembre de mil novecientos treinta y seis, como se ve en esta parte de dicho fallo:

“En síntesis, la teoría del riesgo creado no excluye la responsabilidad de la víctima proveniente de cierto grado de culpa de ésta, alegada y demostrada por la otra parte, y las cláusulas de exención de responsabilidad sólo son ineficaces cuando tiendan a eximir de res-

ponsabilidad al autor de dolo o de culpa grave cuando se trata de daños al patrimonio”.

Efectivamente, no es posible llegar hasta admitir la irresponsabilidad absoluta del banquero, es decir hasta librarlo de la culpa grave, que en materias civiles equivale al dolo; o sea permitirle que pague todo cheque sin tomar las más ligeras precauciones para que el depositante no sea perjudicado. Está bien el apoyo que para esta tesis hace la sentencia dicha en el artículo 1522 del Código Civil, que hace nula la condonación de dolo futuro.

Más tarde, en sentencia de quince de Julio de mil novecientos treinta y ocho, la misma Corte confirmó esta tesis, pues dijo:

“La responsabilidad por riesgo del artículo 191, que estriba en una relación mecánica de causalidad, se desplaza hacia el terreno del derecho común tan pronto como se prueba culpa en el girador, y el banco, por consiguiente, cesa de estar obligado a reparar en tanto que una culpa no se haya establecido a su cargo. La culpa del girador produce, pues, una exoneración total del riesgo, en el sentido de que ella alivia al banco completamente de la responsabilidad que pesaba sobre él, salvo en dejarle una parte de ésta en caso de culpa probada a su cargo”.

Después dice que cuando por la ley o el contrato se previenen medidas especiales de prudencia, su omisión induce negligencia, aun cuando no se haya podido prever el resultado dañoso; y agrega:

“La convención a que aquí se hace referencia es la conocida con el nombre de contrato de chequera, en virtud de la cual el establecimiento bancario, en ejercicio de su profesión, entrega a su parroquiano una chequera a fin de que disponga de los fondos puestos a disposición de éste por medio de cheques perfeccionados sobre los esqueletos que forman la libreta.

“Por ese contrato el cliente contrae la obligación de usar la chequera con toda la prudencia necesaria, en el sentido de no hacer de sus esqueletos instrumentos negociables sino tomando todas las precauciones convenientes para que el establecimiento bancario girado no quede expuesto a un pago controvertible”.

Por último queremos referirnos a una cuestión relacionada con la sociedad anónima como sistema de empresa para la explotación de las minas, o para la extracción de minerales.

Es punto sabido que el Código de Minas colombiano reconoce o establece cuatro formas de empresa colectiva, que son sociedad colectiva, sociedad anónima, sociedad en comandita y sociedad ordinaria; y con respecto a las tres primeras dice que "se regirán por las reglas o estatutos que tengan establecidos, y en su defecto por las disposiciones del título 28 del libro 4° del Código Civil", que es el título 27 en el Código Civil vigente. En los últimos tiempos se han publicado algunos conceptos sobre la dificultad de conciliar la explotación de minerales con la obligación de disolver una sociedad anónima cuando ha perdido el cincuenta por ciento de su capital.

Para definir este problema no es necesario estudiar si la disposición del Código de Comercio Terrestre (Art. 589) que dispone que perdido un cincuenta por ciento del capital o disminuído éste hasta el mínimo que los estatutos fijen como causa de disolución, es de orden público, es decir, si lo prescrito allí puede modificarse por estipulaciones de los contratantes, pues el citado artículo 252 no dice que las sociedades anónimas se rigen por las disposiciones sobre ellas sino por las que de sociedades trae el Código Civil. Pero la redacción misma del artículo 589, que faculta para fijar la pérdida que ocasiona la disolución, y la del artículo 12 de la ley 58 de 1931 que faculta, pero no obliga, al Superintendente de sociedades anónimas para decretar la disolución de una sociedad anónima, demuestran que no se trata de una disposición de orden público.

No es la sociedad anónima una forma de empresa muy indicada para una explotación muy rudimentaria de minas. Se le emplea más frecuentemente con el fin de emprender la extracción de minerales en general, más que con el de extraer el oro de determinada mina por parte de los propietarios, y en ese caso tal forma de explotación está muy indicada, especialmente por el carácter aleatorio del negocio.

Se trata de reunir la naturaleza, el capital y el trabajo para explotar la primera con los dos últimos, y entonces se forma una sociedad en que se aportan los elementos naturales, los yacimientos, y el dinero para conseguir el trabajo y los instrumentos necesarios para efectuarlo. Por lo común son distintos los que aportan los minerales de los que aportan el capital, y en todo caso hay que atender a que se determine muy bien el capital para definir cuáles son los beneficios que quedan a disposición de los accionistas para gastar sin afectar aquél.

Si los dueños de un mineral lo aportan a una sociedad por un valor de \$ 200.000 y otras personas aportan \$ 100.000 en dinero, el capital es de \$ 300.000, y no se puede entrar a considerar si los aportan-

tes del mineral lo encontraron en virtud de su trabajo y tienen derecho a gastarlo como utilidad, o si lo compraron por esos \$ 200.000. No hay beneficios sino dejando intactos los \$ 300.000. Esto quiere decir que la mina debe amortizarse, y que el capital no puede ser entregado a los accionistas sino en virtud de liquidación de la sociedad, y no puede resultar la pérdida del cincuenta por ciento sino en el caso de que la mina no tenga oro o sea tan pobre que no permita su explotación económica.

Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 252 del C. de Minas dice que las sociedades anónimas se rigen por las reglas o estatutos que se hayan dado, y sólo en defecto de ellas por las disposiciones del C. Civil; que las de éste último sobre sociedades no contienen el mandato de disolución por pérdida del cincuenta por ciento del capital; que el artículo 2126 dice que la sociedad se disuelve por "la extinción de la cosa o de las cosas que formen su objeto total", y que "si la extinción es parcial continuará la sociedad, salvo el derecho de los socios para exigir su disolución sí con la parte que resta no pudiere continuar útilmente". Además, si la sociedad no tiene pasivo, si su objeto es la extracción de los minerales de una mina determinada, y si no hay razón para conservar el capital, no es inconveniente que se ponga en liquidación para entregar a los accionistas el producto de los minerales.

"EL HOMICIDIO ANTE EL NUEVO CODIGO"

(Continuación).

Dice así el art. 363: "El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:...."

En relación con esta primera parte, debemos observar que el legislador buscó especialmente la denominación de asesinato, y no sólo para los homicidios premeditados que llevaran anexas circunstancias de las llamadas de asesinato. Es decir, que para calificar este homicidio no se necesita la premeditación. Esta puede bastar para hacer de un homicidio un asesinato, como puede bastar la sevicia.

La palabra asesinato tiene su origen en el homicidio por precio, realizado por el pasha, en Arabia.

La comisión del Senado habló de "asesinato" aún para homicidios de los llamados antes simplemente voluntarios y para el parricidio, aunque no tenga éste circunstancias de asesinato ni sea premeditado. Justifica la comisión del Senado esta cuestión: "Vuestra comisión consideró que la denominación de asesinato está muy arraigada en la tradición jurídica colombiana y que por su gran poder intimidativo que tiene, no debe prescindirse de ella. Es claro que no exigimos para que exista asesinato que el homicidio se cometa con premeditación, como lo exige el Código vigente. El asesinato se presenta aun cuando no medie premeditación, pero sí debe ir acompañado de alguna otra circunstancia como la insidia, la asechanza, la alevosía y la sevicia, que le dan al hecho delictuoso una gravedad especial".

El Dr. Escallón critica este alargamiento del sentido. Asesinar a

una persona no puede ser matar al padre sin premeditación y sin alevosía, traición, etc.—Dice que siempre que hay asechanza, hay premeditación, y que, por éello, eso es redundante.

Nosotros creemos mucho en que la muerte causada a uno de los parientes de que habla el ordinal 1°, así como ciertos homicidios sin premeditación, contemplados en este artículo —según vamos a verlo— sí son, para el pueblo colombiano, asesinatos, y que la expresión, aunque un poco lata en el Código, tiene una fuerza expresiva e intimidativa muy importante.

El caso del ordinal primero es el que se ha conocido en las viejas legislaciones con el nombre de parricidio, pero ya hemos dicho que esta denominación genérica ha dejado de existir entre nosotros y que la palabra parricidio no puede usarse en otro sentido que el gramatical.

A diferencia de las viejas legislaciones, el estatuto penal se refiere a los afines, si bien limita la afinidad a la línea recta en primer grado.

Respecto del cónyuge creemos que debe existir la comprobación plena de la existencia del vínculo matrimonial. Es más: consideramos un error el que se formule al jurado la cuestión de hecho y en ella se incluya la parte relativa a la existencia y conocimiento del vínculo matrimonial. Bien puede ocurrir que el hecho de la muerte esté plenamente probado, pero que no esté demostrada la existencia del matrimonio o el conocimiento del vínculo. Para evitar las dificultades inherentes a una mala formulación del cuestionario, estimamos que la parte relativa al vínculo y a su conocimiento debe ser objeto de pregunta separada. Lo mismo debe decirse en relación con los demás vínculos de parentesco de que habla el numeral comentado.

Nuestro código incluyó a las ascendientes o descendientes naturales entre las personas contra las cuales sus descendientes o ascendientes pueden cometer el delito de asesinato. Sigue, con esto, la tendencia que ya se había esbozado en nuestra legislación civil. Pero se presenta el problema de si en la muerte dada a ascendientes o descendientes naturales cuando no hayan sido reconocidos por uno de los medios de que habla nuestra ley 45 de 1936, existe o no existe asesinato. En Francia la jurisprudencia declaró que no existía parricidio (que es el equivalente al asesinato en estudio) en la muerte dada por el hijo al padre o a la madre naturales cuando no los hayan reconocido. En Alemania la jurisprudencia no hace distinción. Y nosotros creemos que en Colombia si no existe el reconocimiento del vínculo por uno de los medios de que trata nuestra ley civil, no puede calificarse el hecho de

asesinato, por la sencilla razón de que mientras el vínculo no exista legalmente mal puede el legislador castigar calificadamente por la sola existencia del vínculo natural, siendo así que no es el proceso criminal el sitio para discutir la existencia legal del vínculo.

Por consiguiente, con respecto a la madre soltera o viuda, el solo hecho del nacimiento demostraría el vínculo pero con respecto al padre necesitamos recurrir al reconocimiento que puede hacerse en la forma prevista por los arts. 2°, 4°, 5° y 6° de la ley 45 de 1936.

Una de las cuestiones más debatidas ha sido la de si a quien coopera en la ejecución de un asesinato de los contemplados por el numeral primero del art. 363 del C. P. se debe considerar como responsable de homicidio o de asesinato. La tesis más aceptada, a pesar del intenso debate que existe sobre la cuestión es la de que el parentesco constituye una circunstancia de índole personal y subjetiva que sólo agrava la responsabilidad de quienes concurren. Nosotros creemos, sin embargo, que la circunstancia del parentesco no es de índole personal, según lo dejamos explicado al estudiar los arts. 21 y 22 del Código y que ésta es una circunstancia material que se comunica a quien, conociendo el parentesco, prestó su concurso al asesino de uno de los parientes de que trata la disposición. Por lo demás, como anota Cuello Calón, "la doctrina romana era favorable al castigo de los codeincuentes extraños con la pena del parricidio (L. 6, Dig. ad leg. Pompeiam de parricidiis). Antiguos penalistas (Carmignani, Giuliani, Molinier, etc.) defendieron esta opinión basándose en la indivisibilidad del título del delito, y en que si el extraño no ha violado un deber filial ha ayudado conscientemente a la violación de aquel deber, vid. Carrara, 1.148. Alimenta es de igual criterio porque el extraño sabe que participa en un homicidio que viola los afectos más fundamentales, Enciclopedia del Diritto penale italiano, Pessina, 9, pág. 543. También la jurisprudencia francesa se inspira en este sentido, Garçon, págs. 137, 72, 158, 418; Garraud, 5°, pág. 179. Pero la mayoría de los autores sostienen que el extraño, coautor o cómplice, debe ser penado como responsable de un homicidio o de un asesinato (Carrara, 1.149; Pessina, Elementi, 2°, pág. 18; también Garraud, lugar código citado)". Para finalizar el estudio de este numeral recordaremos lo que antes se dijo sobre la ventaja; diremos que la insidia y la asechanza son sinónimas, que corresponden a lo que en francés se llama guet-apens o sea la emboscada para asesinar, la observación a escondidas y con cuidado o el observar o aguardar cautelosamente a alguien con el propósito de ultimarle.

HOMICIDIO POR PIEDAD

El caso de homicidio por piedad está contemplado en nuestra legislación por el art. 364 del Código Penal, que fue objeto de grandes discusiones en la Cámara de Representantes, especialmente por parte de los médicos que consideraban que no había padecimientos o lesiones que pudieran reputarse incurables.

Dos tesis extremas se han disputado el campo en esta materia: de un lado la de quienes sostienen que no puede darse muerte a una persona ni aun en las circunstancias previstas por el artículo, y de otro, quienes alegan que en esas circunstancias no solamente puede aplicarse el perdón judicial sino que debe consagrarse la tesis de la irresponsabilidad. Entre estas dos tesis ha venido a triunfar la intermedia o sea la que exige que para el homicidio por piedad se reúnan las siguientes condiciones:

Primera.—Que se trate de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales.

Segunda.—Que estos padecimientos o lesiones corporales se reputen incurables.

El homicidio por piedad no exige en nuestro código el consentimiento de la víctima, de suerte que la atenuación que él consagra es debida a la motivación moral y altamente altruista del hecho realizado, pues equiparar el homicidio por piedad al homicidio común sería contrariar las mismas concepciones jurídicas populares y la doctrina jurídica moderna.

EL HOMICIDIO CON CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA

El art. 368 del C. P. dice que el que ocasiona la muerte a otro con su consentimiento, estará sujeto a la pena de tres a diez años de presidio.

Esta atenuación especial, como en el caso del homicidio por piedad, está basada en la doctrina jurídica moderna y en las concepciones jurídicas populares, pues es evidente que quien dá la muerte a quien implora de él un golpe mortal, obra por móviles tan especialmente nobles que en determinados casos se llega a pensar en si no se quedó corto el legislador cuando no permitió llegar hasta el perdón judicial. Hay, por ejemplo, situaciones tales como las de la miseria o las de quien espera otra muerte vil y desastrosa que hacen pensar que el consentimiento de la víctima y las circunstancias en que ella se encuentra, determinan al

autor por móviles idénticos a los del caso del homicidio por piedad. Si bien es evidente que en algunos casos (como en los dramas de amor en que la pareja, de común acuerdo, intenta darse la muerte, sobreviviendo uno de los amantes), hay que aplicar la tesis del artículo, en otros parece exagerada.

Sin embargo nosotros estimamos que cuando existan modalidades especiales en el consentimiento y en la realización del hecho, la dificultad teórica puede salvarse en parte buscando la aplicación del mínimo de pena.

En el homicidio por piedad puede presentarse el caso especial de que además de las circunstancias previstas por el art. 364, exista el consentimiento de la víctima. Y como naturalmente hay diferencia esencial entre el homicidio por piedad cometido a espaldas de la víctima y el realizado a petición suya, consideramos que ese es un caso en que el perdón judicial se impone si por otro lado las condiciones del art. 364, las modalidades del hecho delictuoso y la personalidad del agente no indican otra cosa.

Se relaciona con los dos anteriores problemas el muy debatido sobre la eutanasia. Y para ilustrar esta cuestión nos limitamos a copiar la nota que sobre esta materia escribe Don Eugenio Cuello Calón en su obra "Derecho Penal": "EUTANASIA. Actualmente se debate con insistencia la licitud del empleo de la eutanasia. Eutanasia significa literalmente buena muerte y hoy se emplea en el sentido de la muerte dulce, sin dolor, de los irremisiblemente perdidos, sin esperanza de salvación, torturados por angustiosos sufrimientos. Esta es la verdadera eutanasia. Pero háblase también de la muerte, sin dolorosa agonia, de los idiotas incurables y de otros seres desprovistos de valor vital, la cual no es eutanasia propiamente dicha, sino una despiadada función selectiva con miras al mejoramiento de la especie. Mientras la eutanasia generalmente supone el consentimiento del que ha de morir, la muerte eugénica no lo requiere, es la muerte obligatoria, sin consentimiento de la víctima y a veces contra su voluntad. A semejante función eliminativa, en opinión de algunos, deberían ser sometidos: 1° los enfermos o heridos sin salvación que con completa conciencia de su situación, soliciten la muerte; 2°, a los idiotas y a los paráliticos en el último estadio de su enfermedad; 3°, a aquéllos que, por cualquier acontecimiento y con heridas mortales, han quedado privados de conocimiento, y que en el caso de despertar de su inconsciencia quedarían condenados a una vida miserable (vid Binding y Hoche, Die Freigabe

des Vernichtung lebensunwerten Leben Leipzig, 1920), pág. 29 y sigts; Morselli, Morte venefica, Turin, 1923, pág. 46).

Las opiniones emitidas sobre la eutanasia son muy diversas. Belling la considera de acuerdo con la moral, aun cuando reconoce que jurídicamente es un homicidio (Unschuld, Schuld and Schuldsstufen, Peipzig, 1910 pág. 21) Kohler vacila, pero admite el acortamiento de la vida hasta una o dos horas por medio de narcóticos (Deutsches Strafrecht Allg. Teil, Leipzig 1917, pág. 401); Max Ernest Mayer opina que nuestra cultura autoriza semejantes procedimientos y que, puesto que no existe precepto alguno del que pueda colegirse que el orden jurídico no comporta este punto de vista, debe considerarse como una indudable medida de protección, de interés, de importancia (Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht pág. 290). Otros juristas, por el contrario, como Kassler (Das Recht aus Sterbehilfe, Eutanasia, en Deutche Juristen Zeitung 1915 pág. 203 y sigts), niegan la licitud de su empleo. Entre los médicos algunos miran esta medida con gran simpatía (vid Morselli, L'uccisione pietosa, Turin, 1923, pág. 22), aun cuando no pocos se pronuncian en contra. La muerte eutanásica no ha sido aun legalizada por legislación alguna; sentimientos fuertemente arraigados en el corazón humano, sin contar con otras razones de orden científico, se oponen a la legitimación del homicidio eutanásico".

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

El código contempla esta forma de homicidio en el art. 365. Los elementos necesarios para la existencia de esta forma delictual, son:

1° Propósito de perpetrar una lesión personal, y por consiguiente la falta del propósito de matar;

2° Que resulte la muerte como consecuencia directa de la lesión.

Lo anterior quiere decir que el homicidio preterintencional surge de un dolo eventual porque no existe relación entre la intención y el resultado de la acción aunque exista, y debe existir, relación entre la muerte y el acto externo del autor.

Este homicidio era el que se llamaba involuntario en el viejo código, en el cual existían las gradaciones que antes estudiamos. Si bien es cierto que hoy no es posible tenerlas en cuenta para la configuración de modalidades especialmente sancionadas, es evidente que si el daño que se pretendía causar era mediano, grave, leve, levisimo o desconocido, estas circunstancias pueden hoy considerarse como modalidades del hecho delictuoso, lo que servirá eficazmente para la gradua-

ción de la pena dentro del máximo y del mínimo señalados por el código.

El homicidio preterintencional no puede coexistir con el culposo, porque en éste hay ausencia de toda intención, ni tampoco con el concausal porque esta última forma de homicidio requiere la previa intención de realizar el hecho de la muerte.

La atenuación que hacen las legislaciones en estos casos se debe a la falta de intención de matar.

Y debe advertirse que no puede haber tentativa de homicidio ultraintencional porque no existiendo daño, no existe ultraintención. Más bien podría pensarse en que haya tentativa o frustración de lesiones personales.

Finalmente, la dificultad en estos casos estriba en la prueba de la falta de intención. Esta falta de intención se descubre por los antecedentes del hecho y de las personas, por la calidad del arma o instrumentos empleados, por la dirección de los golpes o heridas, por el resultado habitual de ciertos golpes que, a veces, producen resultados extraordinarios, etc., etc.

HOMICIDIO CONCAUSAL

El art. 366 del Código dice: "Si existiendo de parte del agente el propósito de matar, la muerte no se produjere sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá ser disminuída hasta en la tercera parte".

En el viejo código Colombiano no existía el homicidio concausal. Si la herida no era naturalmente mortal y el hecho no se producía sino por la concurrencia de otras causas, el delito dejaba de ser homicidio para convertirse en heridas. Es más: El art. 619 consideraba que las heridas debían producir su efecto mortal dentro de los sesenta días, pues de otra suerte el homicidio pasaba a la categoría de delito de heridas al tenor de lo dispuesto por sus arts. 620 y 621.

Aunque existen concausas preexistentes y concausas subsiguientes, pues nosotros no admitimos la facilidad de las concausas concomitantes, el legislador nuestro no admite sino las subsiguientes a diferencia de otras legislaciones que admiten la concausa preexistente en cuanto no haya sido conocida por el autor del hecho. Y no las admite porque el Código defiende la persona humana así tenga deformaciones anatómicas, sufra enfermedades o se encuentre en un estado pasajero que coadyuve a su muerte, es decir que ni las concausales atípicas, pa-

tológicas o normales son admitidas por nuestro código en ninguna forma. En una palabra, como dice el profesor Francisco González de la Vega comentando el código mexicano que tampoco admite la concurrencia de causas anteriores a la lesión, ésta "se regula con estricto apego al principio lógico de que el que es causa de la causa es causa de lo causado".

Nuestro código admite las concausas posteriores al acto lesivo como los malos tratamientos médicos, las imprudencias o excesos del lesionado etc. Pero no resuelve el problema relativo al acacimiento de la muerte cuando ésta ocurre por no tener al alcance los recursos necesarios para tratar la herida. Nosotros consideramos que en este caso la muerte se debe a circunstancias previstas o previsibles por el agente y que tienen en cierto modo el carácter de preexistentes; y con estos argumentos y teniendo en cuenta lo que concretamente resuelven algunas legislaciones al respecto, nos inclinamos a la tesis de que en este caso se trata de un homicidio común.

En cuanto a las concausas subsiguientes es evidente que si son ellas las que producen el homicidio en concurrencia con la lesión inferida por el agente, éste sólo no es el autor del hecho; concurren a producirlo causas emanadas de diversos sujetos, y, por tanto, la penalidad del primer autor de las lesiones debe ser disminuída siempre que como dice el código sean absolutamente independientes del hecho original del sujeto activo al cual aparecen ligadas para producir la muerte.

EL SUICIDIO

Nuestro código no castiga el suicidio frustrado y limita su intervención a castigar a quien eficazmente induzca a otro al suicidio, agravándole la pena si ha procedido por motivos innobles o antisociales (art. 367 del C. P.). Es decir la legislación se aparta del viejo criterio teológico a virtud del cual, y como repercusión del concepto de pecado, el suicidio fue producido y sancionado con penas infamantes contra el cadáver y con penas patrimoniales contra los herederos. Lo que hallamos razonable, puesto caso que la causa de impunidad del suicidio es el suicidio mismo.

Siguiendo, pues, el criterio moderno, nuestro código sólo castiga la cooperación en el suicidio siempre que se induzca eficazmente a la muerte y que ésta se produzca.

En cuanto a la primera condición, será necesario valorar por los elementos de prueba de que se disponga si la inducción fue eficaz y a sabiendas; pero en cuanto a la segunda existen discusiones sobre si la

no producción de la muerte constituiría por lo menos una tentativa de inducción al suicidio. El profesor José M. Ortiz Tirado dice: "Se estará en presencia de la determinación al suicidio (participación moral) cuando el agente hace nacer en el sujeto pasivo el propósito suicida, esto es, cuando con la instigación o con el consejo obra sobre la voluntad de éste, de modo que le hace decidir quitarse la vida, o en otros términos, cuando el agente se convierte en autor intelectual, causa moral del suicidio de otro. La obra determinatriz debe ser suficientemente eficaz, o lo que es lo mismo, capaz de decidir a otro al suicidio; debe vencer los obstáculos e impeler a la acción, de modo que la muerte sea efecto del impulso ajeno. La ayuda al suicidio (participación material) se tiene, por el contrario, cuando el agente presta a alguno ya decidido al suicidio, un concurso eficaz para la ejecución de su propósito, cooperando con actos materiales a la consecución del fin. Por consiguiente, en la participación moral no basta la fugaz palabra, la simple manifestación de un pensamiento que pueda influir sobre la voluntad del suicida, sino la verdadera, la real y eficaz participación en la ejecución del propósito; en otros términos, determina al suicidio, el que hace nacer en la mente de otro el propósito triste de llevarlo a cabo. En idénticos términos, debe aceptarse la conclusión de Cuello Calón respecto de los grados inferiores del delito y por lo mismo, estimo que en aquellos casos en que la víctima, no obstante la inducción o la ayuda prestada por el inductor, no hubiera fallecido, debe tener aplicación el art. 12 de nuestro Código Penal, que se refiere a la tentativa punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa o indirectamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; sobre este punto es necesario advertir que existen opiniones que no admiten la conclusión que hemos aceptado, pues se sostiene que no siendo un delito el suicidio en sí, no puede haber tentativa o frustración punible de un hecho que no está catalogado como delito y que lo que resulta es que, comprobados los hechos de inducción o de ayuda con la intención criminal de que un hombre se prive de la vida, debe considerarse consumado, por parte del agente, el delito previsto en el art. 312, en su primera parte, atendiendo al resultado final solamente para el efecto de la imposición de la pena, que podrá ser mayor hasta el límite del término máximo, cuando la víctima realmente se hubiere privado de la vida y menor hasta el límite marcado en el mínimun, cuando el agente pasivo no hubiere recibido ningún daño o sólo lesiones de mayor o menor gravedad".

INFANTICIDIO

Nuestro código no trae esta denominación genérica, pero el art. 369 del C. P. se refiere a lo que gramaticalmente podemos llamar infanticidio "honoris causa". Este es el caso de la madre que para ocultar su deshonra, en el momento del nacimiento del hijo o dentro de los ocho días subsiguientes, le causare la muerte cuando no está inscrito en el Registro Civil. Se consagra una atenuación especial de la pena no sólo para la madre sino también para quien cometa el hecho con el fin de ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana.

En aquel sentido nuestro código sigue las líneas generales del código de 1890 así como las de otra legislación puesto que es un hecho evidente que ninguna castiga el infanticidio con la pena máxima cuando lo comete la madre para ocultar su deshonra y la criatura está recién nacida. Se tiene en cuenta el propósito de honor de la madre que suprime la vida de su hijo y la necesidad consiguiente de atenuar la pena en relación con la del homicidio común.

En los casos en que la madre dé muerte a su hijo por otros motivos diversos del de ocultar su deshonra, el hecho será un homicidio común, puesto caso que nuestro legislador al incluir el infanticidio "honoris causa" en una disposición especial no quiso otra cosa que calificar especialmente una forma de homicidio.

Lo mismo ocurre cuando la muerte del niño se cause después de los ocho días de su nacimiento o después de inscrito en los Registros del Estado Civil, pues en ambos casos la ley presume que el hecho ya es lo suficientemente público para que la madre pueda tener realmente la finalidad de ocultar su deshonra.

Motivo de discusiones encarnizadas entre los penalistas ha sido la extensión de la causa de honor a los infanticidios cometidos por personas distintas a la madre. Sin embargo, nuestro legislador hizo esa extensión al hijo que quiere evitar la deshonra de su madre, al ascendiente que quiere evitar la de su descendiente, al padre adoptivo que quiere evitar la de su hija adoptiva o al hermano que quiere evitar la de su hermana. Con lo cual nuestro código considera que esas personas tienen igual derecho social que el de la madre a defender la honra de la que está ligada a ellas por los vínculos a que expresamente se refiere el inciso segundo del art. 369. Pero nosotros admitimos que la atenuación consagrada para la madre y para ciertos familiares y que consiste en la causal de "por ocultar su deshonra", no tiene razón de ser

para los extraños, quienes deben responder de un homicidio común.

Nos resta observar que el plazo de ocho días, como casi todos los plazos fijados por la ley, es netamente empírico. El código mexicano señala un plazo de 72 horas a contar desde el nacimiento; el italiano de 5 días; el peruano de 48 horas; el portugués y el brasileiro mencionan, como nuestro código, el momento del nacimiento y los 8 días siguientes; el austriaco sólo admite infanticidio en la muerte realizada dentro del alumbramiento; los códigos alemán y belga exigen que tenga lugar durante el nacimiento o inmediatamente después sin fijar plazo; y el derecho francés, como nuestro código antiguo, se refiere al recién nacido sin expresar lo que debe entenderse por éste.

(Continuará).



CRITICA DE LA POSESION EN EL PROYECTO DE NUEVO CODIGO DE MINAS

Especial para "Estudios de Derecho"

REVISION DEL CODIGO DE MINAS

La Comisión revisora del C. de Minas, creada y organizada por las leyes 73 de 1936 y 13 de 1937, e integrada con los juriconsultos doctores Antonio José Montoya recientemente muerto, Adán Arriaga Andrade, José J. Gómez, Humberto Gómez Naranjo, Luis Donoso Gómez y por el ingeniero Jorge A. Perry, elaboró un anteproyecto de Código de Minas, que ha sido sometido a la discusión del Congreso, con lo cual se ha iniciado el debate público sobre una iniciativa, tan importante para el ordenamiento jurídico, económico y social del país.

Sobre el nuevo proyecto de Código de Minas, dice el doctor Arriaga Andrade, indiscutiblemente uno de los más autorizados exégetas de la reforma minera: "Puede hasta admitirse que el Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia fue bueno y fue útil en su época y en su medio original, y que, dictado en 1867 para un territorio excepcionalmente rico en filones auríferos y excepcionalmente pobre en posibilidades para la agricultura o la ganadería, rindió efectos saludables para la economía antioqueña finisecular. Aunque autoridades de la talla de un Eduardo Rodríguez Piñeres lo juzguen "pobrisimo en acier-tos" y sostengan que "a sus autores les faltaba la preparación necesaria en historia de la legislación minera, en derecho civil, en economía política, en mineralogía y hasta en lo relativo a léxico y gramática".

"De cualquier manera que sea, adoptado ese Código en 1887 para

todo el territorio de la república (es decir, con idéntico vigor en zonas carboníferas, petrolíferas, ferríferas, plumbíferas, etc.; en tierras de minería que en tierras de agricultura; en formaciones de veta que en yacimientos aluviales; en las costas y fronteras que en las selvas y montañas mediterráneas), sus vicios empezaron a aflorar. Y mal retocado por los legisladores de la república unitaria, es hoy un remedo incongruente, oscuro, bárbaro, de lo que en su hora y en su medio fue al menos un estatuto armónico y, hasta cierto punto, eficaz".

Y continúa el doctor Arriaga: "Pero cuál es la urgencia de revisar o sustituir un estatuto que, elaborado por hombres doctos y prácticos, por juristas sagaces y mineros genuinos, ha sufrido victoriosamente un ensayo casi centenario y bajo cuyas normas ha prosperado la industria minera hasta convertirse en la segunda fuente de riqueza para los colombianos?. Acaso el afán reformista de un partido político, recién llegado al poder con el loco prurito de revolverlo todo y desquiciarlo todo?".

"Así se expresan ciertos espíritus superficiales, gentes imbuidas de un conservadurismo ancestral, abogados que pelean en el caos vigente, especuladores afortunados, interesados influyentes que miran un peligro en toda rectificación del "orden" absurdo en que han sabido progresar".

"Sin embargo, ya he dicho que son los mismos mineros, en sus conferencias mineras quienes con mayor empeño han venido solicitando la reforma de la legislación actual. Y es cualquier estudioso desprevenido quien llega a la conclusión de que el régimen vigente es absurdo, empírico, incongruente, anaacrónico, imprevisor y perjudicial para la economía nacional y para el desarrollo de la industria minera".

MODIFICACIONES AL CONCEPTO DE POSESION MINERA

El proyecto de Código minero simplifica el concepto de posesión, confundiendo este hecho creador de derechos mineros (civiles especiales), con el hecho posesorio creador de derechos comunes (civiles generales).

La posesión es un acto natural del hombre que aspire a sobrevivir en la lucha social, mediante la consecución de cosas detentadas a través de actos de dominación, que vienen a constituir una verdadera simbiosis entre el sujeto de la posesión y el objeto poseído. Del respeto que los demás hombres tienen y deben a esa inter-relación natural, dice Capitant, surge el derecho, o mejor dicho, el concepto jurí-

dico de posesión, con la consecuencia forzosa del dominio privado.

La Comisión revisora aceptó las ideas del doctor José J. Gómez, sobre predominio del *corpus* en el concepto de posesión minera. El doctor Gómez, que es un discípulo empedernido de Ihering, combatió la posesión inscrita, que para él es un injerto profano en la venerable cepa clásica de la *possessio rei*. El *animus* no es la posesión, en la opinión de aquel miembro de la Comisión, sino el *corpus* primordialmente, con la concurrencia secundaria del *animus* o intención de dominio. Para Girard la posesión "es la materialidad de la propiedad, el poder de hecho sobre la cosa, en que la propiedad es el poder de derecho".

En todo caso, el concepto sobre posesión que consagra el actual Código de Minas, sufrió modificaciones sustanciales, porque se le agregaron otras causas: la *justicia* del título y la *buena fe*, en lo relacionado con la posesión regular. Se dio a la posesión irregular el poder de anonadar a la posesión regular que no actúe sobre el bien adjudicado. Esta función, destructora y creadora a la vez, la desempeñaría algo que olvidaron los legisladores antioqueños de 1867: la prescripción entre particulares, que borraría los vicios de la posesión irregular y consolidaría la propiedad iniciada, desde luego, con actos posesorios.

El proyecto de Código no contiene la definición de posesión de la actual ley minera, donde tantas antinomias se crean, con el desarrollo de la abstracta concepción que es el artículo 289. La posesión minera que se proyecta, es la misma del C. Civil definida por el artículo 762 de esta obra. Como desaparece la ficción de dar al pago del impuesto (canon o regalía del proyecto) el carácter de tenencia material, todo el que posea un bien minero se reputará dueño de él, por ampararlo la presunción del art. 762, inciso 2° del C. Civil.

POSESION SIN FICCIONES

La posesión quedará desembarazada de ficciones, tan abundantes y prolíficas en el derecho contemporáneo, como lo demuestran todas las legislaciones del mundo, que al lado de los hechos simples de las relaciones naturales, han creado el complejo mecanismo de las trasposiciones, ficciones y presunciones con la finalidad de resolver situaciones extrañas a la fenomenología física, y muy propias de las complicaciones que hoy existen en el campo de las relaciones intelectuales y morales de los hombres, con las cosas como punto de necesaria referencia. Además, nuestro Código está sembrado de ficciones y presunciones, que en nada corresponden a una estricta acomodación a los he-

chos de la elementalidad natural, pero sí a los de la realidad espiritualizada.

Así tenemos:

a)—En el mandatario que toma posesión de una cosa a nombre de su mandante y con su autorización, *se prolonga* la persona de este último (C. Civil, art. 782);

b)—La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que *es deferida*, aun cuando nada de ello sepa el heredero (Ibíd., art. 783);

c)—El poseedor conserva la posesión aunque transfiera *la tenencia* de la cosa, dándola en arriendo, usufructo, etc. (Ibíd., art. 786);

d)—Cuando una persona difunta principió a poseer, en la herencia yacente continúa la posesión a nombre del heredero (Ibíd., art. 2521).

Sería interminable la narración de los actos que el derecho común finge como realizados. Ello prueba que en el momento de crear el derecho positivo, es conveniente apelar a fórmulas que pudiéramos llamar de imperiosa necesidad para la vida de las consecuencias jurídicas, propias de la conexión entre el individuo y la ley.

Lessona dice: "La ficción es una equitativa disposición de la ley que supone existir en el orden natural de la verdad lo que en realidad no existe, sea por la esencia o por los efectos, a fin de que el derecho desarrolle o alcance sus fines".

Rocha en su obra "De la prueba en derecho" dice: "El legislador a fin de que el derecho se realice suele suponer normas contrarias a la verdad natural. Eso se llama Ficción". Luego agrega: "Por ejemplo, el C. Civil, después de establecer en el art. 90 que la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, y que la criatura que muere en el vientre materno, que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. Estatuye el art. 93 que si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de estos derechos anteriores al nacimiento, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron".

COMO SE DEFINIRAN LA POSESION VIOLENTA Y LA CLANDESTINA

Las definiciones de posesión violenta y de posesión clandestina,

lo mismo que de la ordinaria, fueron eliminadas. Los resultados de esta supresión serían: 1°—Que la posesión violenta y la clandestina se definirían: indirectamente por medio del art. 204 del proyecto de Código que concreta el concepto de posesión irregular, y directamente con los artículos 772, 773 y 774 del C. civil; 2°—Que la posesión del descubridor de minas, creada por el actual Código, descendería a la categoría de simple hecho, sin respaldo en las disposiciones sustantivas del Título del proyecto que trata de Posesión minera.

Está muy bien que el proyecto elimine todas las definiciones superfluas del Código vigente, definiciones que por existir en el C. Civil se pueden aplicar en los negocios mineros, pero no es racional que se proceda así con la posesión ordinaria originada por el aviso.

POSESION IRREGULAR

La nueva posesión minera sería bifurcada en regular e irregular, lo mismo que en el derecho común.

La posesión irregular haría su aparición por primera vez en la legislación minera de nuestro país, aun cuando expositores autorizados consideran que la posesión violenta, la clandestina y la ordinaria por ocupación de hecho, del C. de Minas actual, equivalen a la irregular del C. Civil.

COMO HABRIA DE DEMOSTRARSE LA POSESION MINERA

La posesión común se demuestra con hechos positivos indiscriminados. En efecto, el artículo 981 del C. Civil dice: "Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión". La ley de tierras, que marca el paso más avanzado de nuestra legislación en materia de posesión del suelo, sienta el siguiente principio en su artículo 1°: "Se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. El cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos prueba de explotación económica pero sí pueden considerarse como elementos complementarios de ella...".

La posesión minera del proyecto debe demostrarse nó con hechos positivos indiscriminados, sino previamente tasados. Al tratarse de la posesión regular, se concreta el mínimo de elementos positivos que deben formarla, según opere sobre mina de aluvión o de veta. Si un poseedor minero, ocupante de hecho, quiere apelar a un interdicto posesorio para amparar su posesión, debe demostrar que su ocupación ha consistido en los hechos positivos señalados en el artículo pertinente del proyecto. Si quien acude al interdicto posesorio es un poseedor regular, debe demostrar su calidad de tal, probando que ha ejecutado trabajos formales dentro de las condiciones taxativas mínimas, que dicen los arts. 147 y ss. del proyecto. No hay, pues, igualdad entre la prueba de la posesión minera del proyecto y la civil.

Parece que la diferencia anotada se debe al interés que tiene el Estado en que las minas que ha cedido a los particulares, sean explotadas en forma que retribuyan a la sociedad con una producción adecuada al beneficio que, la cesión de bienes tan valiosos, significa para los adjudicatarios. El mismo afán debería demostrar la Nación, respecto de las tierras que originariamente adjudicó y adjudica a los particulares, imponiendo a los propietarios territoriales la obligación de labrar el suelo, sobre bases mínimas de importancia económica y social. Suelo y subsuelo tienen frente al Estado y a la comunidad, idéntica influencia económica, porque si los metales, especialmente los que a su poco peso unen un alto valor intrínseco, y los que a su vez llevan anexa una notoria demanda industrial, constituyen centros neurálgicos de la organización económica de las naciones, los productos agrícolas determinan la prolongación de la especie humana, constituyen el objeto inmediato e inaplazable de las necesidades diarias del individuo, y actúan con potencialidad, cada vez más creciente, en la conservación del equilibrio económico y social de los pueblos.

POR PRIMERA VEZ LA PRESCRIPCIÓN MINERA

El proyecto de nuevo Código de minas, quiebra la columna vertebral del sistema jurídico vigente en tal rama del derecho nacional. La prescripción, que los legisladores antioqueños desecharan, impondría el imperio de la justicia en el campo de la posesión y propiedad mineras, aureoladas hoy por verdaderos privilegios legales, que no encuentran fundamentos en el campo del derecho y mucho menos en el de la moral.

La adopción legislativa de la prescripción minera entre particu-

lares, sería la culminación de varios años de esfuerzo sostenido por dar a la posesión, en el derecho especial de minas, su verdadero y científico contenido: ser manifestación externa del dominio. Naturalmente que cuando no lo es, debe conducir a él. De otra manera, de nada le serviría al hombre poseer las cosas, si jamás pudiera llegar a disponer de ellas como dueño.

No hay que olvidar que el concepto tradicional de la posesión ha contribuido al progreso de la humanidad. Si el hombre estuviera convencido de que lo que posee de buena fe nunca llegaría a ser suyo, renunciaría al trabajo y se convertiría en un zángano.

La prescripción minera se divide en ordinaria y extraordinaria. La primera operaría con título justo, buena fe, trabajos formales y pago de cánones o regalías, y la extraordinaria, cuando faltara alguno de los elementos constitutivos o conservatorios de la posesión regular.

Ni la usucapión ordinaria, ni la extraordinaria, corren contra la Nación, porque apenas es permitida entre particulares; y aun cuando el Estado al adjudicar una mina obra como lo hace el sujeto de derecho privado, jamás se desprende del carácter de persona pública, que se le discernió en la Constitución nacional.

La prescripción minera es un corolario de la prescripción común. No hubo una sola razón, que indujera a la Comisión revisora, a conservar el privilegio de la imprescriptibilidad de la propiedad minera frente a la acción corrosiva del tiempo, condicionada por los demás elementos adecuados para conseguir la extinción del derecho anti-social.

PRESCRIPCIÓN MINERA Y PRESCRIPCIÓN CIVIL

En el proyecto de Código minero dice el artículo 157: "La propiedad de las minas es prescriptible entre particulares. Se prescribirá por medio del sostenimiento de trabajos formales de explotación durante cinco años, si hay posesión regular; o durante diez años, si hay posesión irregular.—La prescripción minera no se suspende ni el tiempo para consumarla se suspende por ausencia".

La anterior disposición marcha en gran parte paralela a la que contiene el art. 2518 del C. Civil, del siguiente tenor: "Se gana por prescripción el dominio de los bienes raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales..".

La Comisión ha querido que las minas sean explotadas, porque para eso se desprende el Estado de su dominio. Y la prescripción contribuiría desde un ángulo decisivo a lograr esa finalidad. Quien no

trabaja su mina, sabe o debe saber, que se encuentra en permanente peligro de ser desalojado definitivamente de ella, si un tercero que la trabaje consigue una estabilidad laboral de cinco años continuos, previos título justo y buena fé; o de diez años, si la trabaja sin reunir al mismo tiempo, las anteriores condiciones.

La prescripción minera sería más corta que la civil. Los lapsos prescribientes en nuestro derecho común están detallados en las disposiciones siguientes:

"El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de tres años para los muebles y de diez años para los bienes raíces..." (C. C. art. 2529).

"El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción (se refiere a la extraordinaria) es de veinte años contra toda persona y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2530" (Ibidem, art. 2532, Ley 50 de 1936).

El proyecto considera más fácil la interrupción de la prescripción minera que de la civil, por el interés del propietario minero en estarse enterando del estado de su propiedad, máxime que está obligado a trabajarla, obligación que no existe en relación con la generalidad de los demás bienes susceptibles de apropiación privada. Como las minas se explotan con maquinaria y la actividad de ellas trasciende en hechos más notorios que la ocupación, digamos, de una casa abandonada, la prescripción debe obrar con más celeridad frente a la propiedad minera.

El proyecto redujo los lapsos en que se consumaría la prescripción minera, exactamente a la mitad de los que fija el Código Civil. Los siguientes conceptos son del doctor Ricardo Hinestroza Daza, ex-presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a propósito de la reducción del tiempo en que debe prescribirse el derecho de dominio radicado sobre bienes raíces: "La reducción a veinte años de los treinta que señala nuestra ley para ciertas prescripciones, puede aparecer a primera vista revolucionaria. Un momento de reflexión indica que el calificativo sería excesivo y presuntuoso. Trátase simplemente de acomodar nuestra ley a las exigencias imperativas del actual momento de nuestro país y del mundo".

En Chile, el lapso para la prescripción minera es todavía más reducido que el propuesto por la comisión revisora de nuestro Código de Minas. El Código minero de la república chilena dice en el art. 75: "El tiempo de posesión necesario para ganar por prescripción las pertenencias, será de dos años en la prescripción ordinaria y de seis en la ex-

traordinaria, sin distinción en caso alguno entre presentes y ausentes. Las suspensiones que la ley acuerda en favor de ciertas personas, tanto en la prescripción adquisitiva como en la extintiva, no se tomarán en cuenta transcurrido el plazo de seis años”.

El comentarista Luis A. Cordero al estudiar el artículo anterior del código chileno, dice: “El primer pensamiento que se despierta en el espíritu, es de que la prescripción constituye una expoliación: el propietario es despojado de su derecho de propiedad. Pero la prescripción es, al contrario, una institución necesaria para la estabilidad de todos los derechos. El legislador la ha establecido como un medio de consolidar todos los derechos que la ley reconoce y otorga”.

“La prescripción a que se refiere este artículo es la adquisitiva. Este modo de adquirir se funda en la posesión de una cosa ajena durante cierto lapso de tiempo y entran, por lo tanto, en ella, dos elementos primordiales: la posesión y el tiempo”.

Tanto el art. 157 del proyecto como el 75 del C. de minería de Chile, se refieren a la prescripción adquisitiva o usucapión de los romanos, considerada en las legislaciones contemporáneas como uno de los modos de adquirir el derecho real de dominio.

PRESCRIPCION ORDINARIA

La prescripción ordinaria, de acuerdo con el proyecto, dependerá de una posesión regular y del tiempo. El poseedor regular se caracterizará por:

- a) La buena fe inicial;
- b) La voluntad de ser dueño o sea la tenencia intelectual;
- c) La tenencia material de la mina o sea su posesión efectiva con las condiciones del Código;
- d) El título que responda de la adquisición de la mina con los requisitos legales y
- e) El pago puntual de los cánones o regalías.

Si el poseedor regular tiene un título de venta que no registró por olvido, ignorancia o cualquier otro motivo y paga puntualmente la regalía de la mina que esté explotando, puede usucapir en cinco años esa propiedad minera; y si a los seis años, el vendedor cuyo registro quedó vivo, vende la misma mina a otro, el primer comprador que quitó a su derecho la sombra del registro de su causante por medio de la prescripción ordinaria, puede promover el juicio correspondiente y cancelar la vigencia del derecho de propiedad de su vendedor, mediante la

inscripción de la sentencia judicial en que se reconozca el cumplimiento de la prescripción. Hay otras formas innumerables de acción, para la prescripción ordinaria, en las minas adjudicadas por el Estado.

PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

La prescripción extraordinaria es una herramienta que sólo podrá emplear el poseedor irregular, es decir aquél que carezca de título justo, o de buena fe.

Si una mina amparada por un título de propiedad inscrito, no se está trabajando con permiso legal y es ocupada por un individuo que la usurpa durante diez años continuos, a las doce de la noche del último día correspondiente al décimo año, se habrá cumplido la condición legal indispensable para arrancar el derecho de propiedad de esos minerales que tenía el titular inscrito, y llevarlo al patrimonio del usurpador. Basta para cancelar la inscripción anterior, que el Juez le reconozca su derecho y que lleve la sentencia a la oficina de registro de instrumentos públicos.

En el anterior ejemplo relativo a la prescripción extraordinaria, el poseedor irregular no tiene derecho a la cosa, pero con *animus domini* y la aprehensión del *corpus*, tiene expedita la vía legal para cambiar la aparente posesión regular del titular inscrito, por una posesión regular efectiva, real, con base en las siguientes razones:

1°—El poseedor se presume dueño (C. C., art. 762);

2°—La ley ampara al poseedor de cualquier clase por medio de acciones posesorias (P. de C. de M., arts. 147 y ss.);

3°—La posesión ininterrumpida, dentro de cierto lapso, desemboca en el dominio (Ibídem, art. 157, C. C. arts. 765, 787, 789, 758 y 2518).

NO HABRA PRESCRIPCION CONTRA LA NACION

Si un individuo usurpa el señorío de una mina del Estado, ni en cinco, ni en diez años, ni en tiempo alguno podrá llegar a ser propietario de ella.

Para mayor comprensión un ejemplo: Juan compra a Pedro una mina que este posee sin título originario. El de Juan está formalmente ceñido a la ley, lo adquirió de buena fe, paga puntualmente las regalías y explota la mina con los requisitos legales. Al cabo de cinco años habrá usucapido?. El art. 157 del proyecto de Código minero, dice que la propiedad de las minas es prescriptible entre particulares. De

conformidad con el derecho común vale la venta de cosa ajena, desde que el comprador haya obrado de buena fe. No obstante, los bienes del dominio público no prescriben y como lo que Juan vendió no era suyo sino de la Nación, Pedro jamás podrá prescribir.

Veamos otro caso: si Juan adquiere un título de adjudicación sobre una zona reservada por el Estado, registra el título y luego traspasa esa propiedad a Pedro, al cabo de cinco años de estar Pedro explotando la mina y pagando las regalías legales, habrá prescrito en contra del Estado el derecho en esos minerales?. No vacilamos en responder que es imposible allí la prescripción, porque las minas reservadas, cuando se adjudiquen a particulares, constituyen objeto ilícito, debido a que la reserva no puede levantarla sino el legislador que la estableció. Si hay objeto ilícito en la adjudicación de una mina reservada por el Estado y, como es obvio, en su ulterior traspaso, la nulidad es de pleno derecho. La ilicitud del objeto ha sido definida así por el C. Civil: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviere al derecho público de la Nación..." (art. 1519).

RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACION PUBLICA DE LAS MINAS Y EL DERECHO PRIVADO

Toda disposición administrativa, como lo es la que reserva con el carácter de propiedad inalienable del Estado, determinada porción de un bien fiscal, es una disposición de derecho público interno.

Si alguna duda quedare al respecto, nos basta precisar lo que debe entenderse por objeto de la administración pública, en contraposición al concepto de objeto de la legislación civil.

Las minas constituyen en principio, un monopolio del Estado. Este, cuando se apropia por un acto de su arbitraria voluntad, la riqueza del subsuelo nacional, hace tabla rasa de parte importante del potencial económico de todos los asociados, disponiendo que bienes adscritos al patrimonio territorial de ellos desde la ocupación sucesiva de los Continentes por el hombre, ocupación que creó un derecho de propiedad de la tierra extendido por la legislación antigua *usque ad inferos*, pasen al dominio de la persona pública más poderosa: La Nación.

Cuando el poder público se da cuenta, de que en la explotación de las minas no debe prevalecer el interés privado sobre el común, da a la Nación el dominio de esos bienes preciosos, con el fin de ponerlos en función de servicio público, para provecho de todos y no del mero interés particular. Pero el Estado ha comprendido al mismo tiempo, que

como no resultaría lograda la finalidad social de su dominio, si entra a explotar él mismo todas las minas, las concede en propiedad a los particulares que se coloquen bajo las condiciones de la ley del servicio público minero. Lo del carácter de esa propiedad no será tema para este estudio, ya que nos basta saber que el Estado permitirá la posesión de las minas y que la posesión hará presumir el dominio.

Hauriou, refiriéndose a la naturaleza de la administración pública dice: "Necesario es que las cosas del dominio público se mantengan a la disposición del público". Esto ocurre ahora y continuará ocurriendo en relación con las minas afectadas por el dominio público de la Nación. Si ésta las apropia para sí, es con el objeto de entregarlas luego a los particulares, nó con el sello de una absoluta propiedad privada, la que no ha existido jamás según opinión de Planiol y Ripert, sino para que sean trabajadas formalmente, dentro de normas de conveniencia común, con vistas al engrandecimiento de la economía total.

Ahora bien, puede ocurrir que después de sometido el subsuelo a una transitoria apropiación del Estado, resuelva el mismo poder público, cubrir determinada porción de esa riqueza con una reserva más estricta, guiado siempre por la estrella polar del interés común y de las conveniencias nacionales. Esa nueva reserva, también estaría reglada por la ley del servicio público minero, sería un refinamiento del interés público. La ley que ha establecido o que ratifique en el futuro la reserva de parte del subsuelo nacional, es y será una ley administrativa.

POSESION ORDINARIA

La posesión inicial del minero, cuya denominación consagró el C. de Minas vigente, queda eliminada en el proyecto elaborado por la Comisión revisora.

La posesión del avisante, es y será siempre en derecho minero, una realidad irrefragable, como lo es la actividad económica de la exploración o cateo de minas.

Si el reglamento minero de un país permite a todos sus habitantes la búsqueda de minerales, por el interés que tiene el Estado en que se descubran nuevas fuentes de riqueza, es justo que la ley refrende los actos posesorios que se realicen con tal objeto. Si con el aviso nace un derecho ad-rem, es porque hay un *animus* inicial, que ligado a los actos materiales de ocupación y cateo, constituyen una posesión que no es regular ni irregular, sino especial del estatuto minero, posesión que bien puede llamarse ordinaria o como se quiera, pero siempre posesión.

Es tan notoria la posesión del avisante y tan ajustada a la técnica jurídica, que la Comisión no se atrevió a eliminar o borrar totalmente sus lineamientos y proyecciones, sino que creó, a medias, una acción en favor del descubridor: "El que haya dado un aviso de descubrimiento podrá pedir, mientras no haya perdido el derecho a que le sea adjudicada la mina, que se impidan los trabajos de explotación que se pretenda establecer o se establezcan en la zona amparada por el aviso" (P. de C. de M., art. 156).

El descubridor, es un individuo que carecería de respaldo sustantivo respecto de la posesión de hecho que forzosamente debe realizar, porque no está entre los poseedores de que habla el proyecto. No es regular, porque carece del título que está en vía de obtener. No es irregular, porque desde que la acción que se le da para garantizar su descubrimiento no está entre las posesorias, quiere decir que no se le clasifica como poseedor. Tendrá la precaria garantía del artículo 156 del proyecto, que es una cortina de humo para disimular la destrucción de la posesión ordinaria del avisante.

QUE DESAPARECERÍA CON LA POSESION ORDINARIA

Con la posesión ordinaria desaparecería una de las más excelentes conquistas del derecho positivo colombiano. En el seno de la Comisión pudo más el criterio, desde luego muy respetable, de adaptar la ley especial de Minas al C. Civil, que acomodarla a la realidad nacional, a la tradición de nuestra legislación minera, depositaria en gran parte de su articulado, de las más arraigadas costumbres de los pioneros de la industria extractiva, fuentes puras y respetables del derecho especial de minas.

Cuando la Comisión eliminó la posesión del explorador, cateador o avisante, se apartó de la legislación chilena, que siguió muy de cerca en otros aspectos de la reforma. En Chile, el descubridor de minas es un verdadero poseedor, al que le es dable portarse como dueño. Nos lo dice con meridiana claridad el art. 81 del Código de minería de aquel país: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, desde el momento de la inscripción del pedimento, el descubridor podrá efectuar todos los trabajos necesarios para el reconocimiento de la mina y constitución de su título; y si con motivo de esos trabajos arrancare minerales, se hará dueño de ellos, a excepción de los que la ley reserva al dueño del suelo o al Estado....".

POSESION REGULAR. COMO ESTA CONSTITUIDA

La primera lectura del proyecto de Código de minas colombiano, deja la sensación de que se ha establecido un completo divorcio entre lo que debe ser la posesión regular y lo que constituye el dominio. No obstante, comparando las disposiciones pertinentes, resulta patética la confusión de las dos concepciones, fenómenos o relaciones jurídicas.

Sobre posesión regular dice el art. 144 del Proyecto: "Hay posesión regular cuando además de un justo título y buena fe, se tienen trabajos formales de explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo 2°, título IX del presente Código".

Sobre dominio o propiedad, dice el art. 15 de la misma obra: "La propiedad de las minas adjudicadas se conserva mediante el pago oportuno de los cánones o regalías y el laboreo dentro de los plazos y con los requisitos legales. Esta última condición es la única aplicable a las minas redimidas a perpetuidad".

De acuerdo con las anteriores transcripciones, quién es poseedor regular? El que tiene su título en regla, lo adquirió de buena fe y ha establecido trabajos formales oportunamente. Quién es propietario? El que ha recibido su título justo, desde luego registrado, trabaja la mina dentro de las condiciones legales y paga la regalía correspondiente. Es evidente que a la luz de las disposiciones ya citadas, el dominio sería la posesión regular y viceversa.

Podría surgir una duda y es la de saber, a ciencia cierta, si deben pagarse los cánones o regalías para conservar la posesión regular. Desde luego, conceptuamos que así debe ser. Aun cuando el artículo 144 del proyecto está ligeramente redactado, porque omitió citar el pago de las regalías o cánones como condición para que haya posesión regular, el mismo contexto del artículo lo da a entender implícitamente cuando habla de trabajos formales. Si estos deben efectuarse es obvio que quien así se aprovecha de los minerales del Estado, debe satisfacer el pago de las regalías correspondientes.

Aceptado que el poseedor regular también debe pagar la regalía legal, por ser el trabajo formal causa inmediata de aquélla, práctica y jurídicamente la posesión regular y el dominio se confundirían en la nueva ley minera.

LA BUENA FE INICIAL

Dentro de la actual legislación minera, después de adjudicada una

mina puede desaparecer la buena fe, sin que esto afecte el dominio, tal como acontece en el derecho común. En cambio, se piensa que la futura posesión regular minera requeriría siempre la buena fe, aun cuando en forma terminante no lo dice el proyecto. Como el artículo 144 del proyecto exige que para la posesión regular debe haber además de justo título, buena fe, parece que le diera al concepto subrayado, un contenido de permanencia y no de simple fenómeno inicial.

Es tan delicada la cuestión, que la ley civil hubo de decir expresamente que no era necesaria la subsistencia de la buena fe, a través de la posesión, para que ésta tuviera plena vigencia.

La duda, naturalmente, podría desvanecerse dándole entrada al principio del artículo 764 del C. Civil; pero no es tan terminante la solución como para considerar concluido el impasse, desde un ángulo jurídico. Siempre hubiera sido mejor, que los autores del proyecto de Código, al hablar de la buena fe en la posesión minera, la hubieran limitado al momento de la adquisición de ésta.

SIN REGISTRO DEL TITULO NO HABRIA DOMINIO

Pero no es lo dicho suficiente para afirmar que la posesión regular y el dominio quedan confundidos en el proyecto. Hay algo más importante que realiza la soldadura de la nueva posesión regular minera con el derecho de dominio y es lo siguiente: si el título no se registra, sea originario o traslativo, no será justo. Demos la palabra a la Comisión revisora: "De los objetos del Registro ordinario, el Registro minero va a tener uno: *servir de tradición del derecho real*. No habrá transferencia o gravamen sobre minas sin que el registro intervenga a fin de que se opere esa transferencia. Fuera de ese objeto, el Registro minero, según las ideas de la Comisión, ha de tener otro: *Sin él no será válido el acto jurídico*. De consiguiente el Registro minero va a realizar dos propósitos a cual de los dos más importantes: transferir el derecho real sobre minas y ser requisito esencial para la validez del acto jurídico".

No puede haber posesión regular sin título legal registrado debidamente, como condición de su legalidad o justeza. Según el proyecto, tampoco hay dominio sin título justo debidamente registrado, porque el registro sirve, en la legislación proyectada, como tradición y elemento valorador del acto o contrato. Es incontrovertible, respecto del título, que la posesión regular y el dominio se confunden, como sucede con los trabajos formales y con el pago de regalías.

POSESION EFECTIVA VERSUS POSESION INSCRITA

La Comisión revisora hizo imposible la posesión regular sin los trabajos formales. Es decir, se eliminó la posesión regular inscrita, que existía en nuestra legislación minera, en forma completa, antes de la vigencia del Decreto 223 de 1932.

Eliminar la posesión inscrita, equivale a resucitar el naturalismo del derecho primitivo en el campo de la posesión. Si algo caracteriza la evolución jurídica de un pueblo, es precisamente la riqueza de su legislación en simbolismos y ficciones. Que con la simple posesión regular inscrita hay tenencia material antitética, poca razón es en contra de la necesidad de garantizar los derechos justamente adquiridos. Si la prescripción es una esponja que borra los defectos de la propiedad, el registro es la fuente purificadora de las relaciones jurídicas entre las personas.

Tener anotado el título de una cosa en el registro o conservador de la propiedad, es poseerla en una forma subjetivamente concreta. Lo que se posee subjetivamente, es objeto de una relación espiritual efectiva con el sujeto del derecho. No es que consideremos un absurdo socializante la posesión material única, pero por lo menos sí un absurdo económico en veces, sobre todo, en relación con la tierra y el subsuelo. Prueba de ello es que la misma Comisión abrió el camino a la inactividad minera, cuando así lo indicaren la pobreza de minerales u otras circunstancias debidamente establecidas y apreciadas por el Gobierno, en lo cual está precisamente el mal. Porque habrá momentos en el desarrollo de nuestras formas económicas y sociales en que el Gobierno tendrá un criterio y los particulares otro. Y a nadie le es permitido aseverar que los particulares siempre andarán errados y el Estado jamás.

El Estado debe intervenir en la industria privada, máxime en la minera que es tan importante para el mantenimiento del equilibrio de la balanza de pagos, de la provisión de materias primas y de la sanidad monetaria. Pero las normas de derecho propiamente civil que se encuentran incorporadas en cualquier código de minería, no deben llegar hasta equiparar el feudalismo de antaño con el socialismo de hoy, en la forzada y continua explotación de los minerales. Los reyes necesitaban oro y más oro para los lujos cortesanos y la crecida paga del condottieri; los socialistas no lo necesitan para esos menesteres, pero sí para ocupar brazos y enriquecer la banca intervenida por el monopolio de metales preciosos, principalmente del oro.

Es así como el principio que copió la Comisión al Decreto 223 de 1932 sobre la explotación formal de las minas, debiera sustituirse por el de la explotación racional de las mismas, que es más científico y conveniente.

LA POSESION REGULAR DE LAS MINAS REDIMIDAS

Las minas que se redimieron a perpetuidad, al amparo de la legislación minera anterior a 1932, quedan, de acuerdo con el proyecto, en el mismo plano jurídico que sustenta a cualquier mina adjudicada, excepción hecha del pago de cánones superficuarios, cuyo pago no es considerado como condición resolutoria del dominio.

El que recibió una mina del Estado dentro de la vigencia del Código de 1887 es un adjudicatario, bien sea porque haya pagado puntualmente el impuesto anual, o porque lo haya pagado a perpetuidad acogiéndose a la ley 292 de 1875. Tiene que ser así jurídicamente debido a que en sus orígenes la propiedad minera, en cualquiera de los dos casos contemplados, salió de la Nación mediante un título de adjudicación, que no se modifica porque posteriormente sea redimida a perpetuidad la mina. La redención a perpetuidad significa, apenas la extinción de una de las condiciones resolutorias del dominio. Y éstas pueden ser tantas cuantas soberanamente quiera establecer la Nación.

La transmisión de un derecho, no modifica la esencia ni la extensión de ese derecho, por la razón de que *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Al adjudicatario de una mina se le transfiere, por el título registrado, la posesión y propiedad de las minas, sujeto el ejercicio de ese derecho a las condiciones que le imponga el cedente. Las minas que pudieron ser redimidas a perpetuidad por voluntad del Estado, quedaron relevadas de la obligación de pagar cada año el impuesto de esta- ca, porque anticipadamente cubrieron los impuestos por venir.

En el ejercicio del derecho de propiedad minera, bloqueado originalmente, puede el Estado imponer las condiciones que a bien tenga, porque ese es el contenido jurídico de la adjudicación minera. De allí que el artículo 15 del proyecto sea explícito, al decir que para conservar la propiedad minera de las minas redimidas a perpetuidad, se requiere únicamente el laboreo formal "dentro de los plazos y con los requisitos legales". Como complemento, el artículo 146 del proyecto dice: "El plazo para iniciar los trabajos formales en las minas redimidas a perpetuidad será de cinco años a contar de la vigencia de este Código.

Si no se iniciaren dentro del plazo expresado, o si luégo se suspendieren por más de dos años consecutivos, sin previa licencia de la Dirección nacional, quedarán abandonadas”.

En efecto, no hay razón, para conservar en la nueva legislación, privilegio alguno en favor de los dueños de minas redimidas a perpetuidad. Está bien, que cuando existía el principio legal de que el pago del impuesto era lo único necesario para la conservación de la propiedad minera, se considerara a esa clase de propietarios como perpetuos. Mas, cuando se estableció en la legislación la obligatoriedad del trabajo de las minas adjudicadas (y las redimidas también fueron adjudicadas) se hizo forzoso poseerlas, no simbólica, sino materialmente y cumpliendo las exigencias mínimas del laboreo formal.

Cuando el pago del impuesto equivalía a la tenencia material, estaba bien la ociosidad de los dueños de minas redimidas a perpetuidad. Ahora se exige el laboreo formal y se le da al pago del impuesto su cabal significación. En igual forma están redactadas las normas que sobre conservación de la propiedad minera trae el proyecto de Código de minas.

LA REDENCION NO SE OPONE A LA OBLIGATORIEDAD DEL LABOREO

Ningún derecho concreto tiende a desconocer el proyecto en relación con las minas redimidas a perpetuidad. Si la ley autorizó el pago anticipado de los impuestos anuales y así se hizo, no puede una ley nueva entrar a desconocer las situaciones jurídicas ya creadas al amparo de la legislación que las hizo posibles. El derecho individual que en tales circunstancias nació, está garantizado por el art. 26 de la Constitución colombiana. Lo que no obsta para que a la propiedad minera se le imponga o pueda imponérsele otras obligaciones. Así, de conformidad con el proyecto, no se impondrá al poseedor regular de una mina redimida a perpetuidad la obligación de pagar cánones, pero sí la de trabajar su mina y cubrir la regalía correspondiente a la explotación y aprovechamiento de los minerales.

Véase cómo, según el proyecto, el propietario de una mina redimida a perpetuidad es un verdadero poseedor regular, tan común como el que paga su canon anual;

a) El poseedor regular que debe pagar canon anual y el propietario de mina redimida, deben tener título justo del Estado, debidamente registrado;

b) Ambos tendrán que trabajar sus minas cumpliendo las exigencias de los arts. 145 y 146 del P. de C. de Minas;

c) Tanto el poseedor regular como el que redimió a perpetuidad pierden la posesión y la propiedad, respectivamente, si no ejecutan los trabajos formales (P. de C. de M., arts. 145, 146 y 203);

d) El poseedor regular debe pagar cánones anuales; y el que redimió a perpetuidad se considera que los está pagando, porque ya los cubrió con antelación, sin perjuicio del impuesto predial que debe pagar de acuerdo con el art. 135 del proyecto.

ABANDONO DE UNA MINA REDIMIDA A PERPETUIDAD

En la legislación minera que está vigente, las minas redimidas a perpetuidad, se considerarán abandonadas únicamente en aquellas porciones que sus dueños manifiesten, porque tratándose de una renuncia que sólo interesa al individuo y no a la sociedad o a terceros, no se vé la razón legal para que no pueda efectuarse. El proyecto agrega a la anterior causal de abandono las siguientes:

a) "La propiedad de las minas adjudicadas se conserva mediante el pago oportuno de los cánones o regalías y el laboreo dentro de los plazos y con los requisitos legales. Esta última condición es la única aplicable a las minas redimidas a perpetuidad" (art. 15);

b) "El abandono solamente podrá sobrevenir por falta de cumplimiento de alguna de las condiciones requeridas por el art. 15, o por reducción voluntaria de la extensión adjudicada, de conformidad con el art. 137" (art. 61);

c) "El plazo para iniciar los trabajos formales en las minas redimidas a perpetuidad será de cinco años a contar de la vigencia de este Código. Si no se iniciaren dentro del plazo expresado, o si luégo se suspendieren por más de dos años consecutivos, sin previa licencia de la Dirección Nacional, quedarán abandonadas" (art. 146).

ABANDONO DE LA POSESION REGULAR Y ABANDONO DE LA PROPIEDAD MINERAS

El abandono de que habla el art. 62 del proyecto, es de la propiedad o también abarca la posesión regular? Ante todo es preciso establecer, si abandono de una mina es igual a pérdida de la propiedad de la misma. Desde luego que se considera la falta de pago de los cánones y regalías como causal de abandono, se supone que hay propie-

dad, aun cuando bien podría llegarse al caso, de pagar cánones y regalías por una mina cuyo título adolezca de la falta de registro. Allí no habría propiedad pero sí se pagarían las cargas legales derivadas de ésta. En todo caso, tanto la letra como el espíritu del artículo 61 del proyecto, no dejan duda respecto de que se trata de abandono de la propiedad. Y si lo dicho no fuere suficiente, debe saberse que tal disposición se encuentra incorporada en el Título II sobre "Régimen de la propiedad minera".

Si en una forma estrictamente literal se aplica el art. 203 del proyecto, ocurriría que después de efectuado el abandono de la propiedad por falta de pago de los cánones o regalías, se conservaría, no obstante, la posesión regular, siempre y cuando que se siguiera trabajando la mina. En este evento, no serían lo mismo la propiedad y la posesión regular mineras, contrariamente a lo sostenido por nosotros en párrafos anteriores.

El art. 203 no menciona, como condición legal para la vigencia de la posesión regular, el pago de cánones y regalías. Y como la omisión de esa obligación sí produce el abandono de la propiedad, esta desaparecerá en tal circunstancia, pero quedaría subsistiendo la posesión regular. La tesis expuesta es muy discutible y sobre todo, poco concorde con el espíritu general del proyecto. Además, sería un enriquecimiento injusto la apropiación de minerales adjudicados por el Estado, cuando no se está efectuando el pago de la participación social en esa riqueza.

En la legislación civil, la posesión regular se pierde, cuando de inmuebles se trata, sólo por un nuevo registro que cancele el anterior. Lo mismo sucederá si entra en vigencia el proyecto de Código tal como lo elaboró la Comisión revisora de las leyes mineras.

Hoy se efectúa el abandono de la posesión regular, sin cancelación del registro mediante el cual se opera la tradición de la mina, y además se da valor legal al título que la ampara. El Código vigente no es preciso sobre el particular, lo que constituye una grave anomalía jurídica, porque si el registro es necesario para que la propiedad minera pase del Estado a los particulares y también para su ulterior transformación, debe serlo, por la misma razón, para su extinción.

De conformidad con los artículos 59 y concordantes del proyecto, el abandono se efectúa cuando así lo declare la autoridad administrativa competente o la judicial, agregamos nosotros. Sería pues diferido y no automático, tal como acontece hoy. Y atendiendo el mandato del artículo 235 del mismo proyecto, en relación armónica con el 236 de la

misma obra, si la resolución sobre abandono no es inscrita, ningún efecto produce.

COMO Y POR QUE SE DECRETARIA EL ABANDONO

De oficio o a petición de personas interesadas sería declarado el abandono de una mina, función que correspondería al Director Seccional de Minas respectivo.

Puede ocurrir que el Director Seccional se dé cuenta oficial o extraoficialmente, de que respecto a una propiedad minera, ha aparecido una causal o motivo de abandono, y es entonces cuando estaría en el deber perentorio de hacer la correspondiente declaración. Puede suceder, por otro lado, que el Director Seccional de Minas sepa que una mina está abandonada, porque así lo manifieste y demuestre ante él una persona que desee avisar para sí o para su mandante el bien en cuestión. Si esto sucede, también debería hacerse la declaración administrativa de abandono.

Desde que el proyecto habla de declaratoria de abandono, es porque a nadie le sería permitido considerar como abandonada legalmente una mina, respecto de la que no ha sido proferida la declaración administrativa de rigor.

CANCELACION DEL REGISTRO

Perdida la posesión regular por el abandono de la mina, una vez cumplida la disposición unilateral del poder público, quedaría, aún, pendiente la inscripción del título atañadero a la mina abandonada. El derecho inmaterial de dominio estaría todavía atado al titular que abandonó, por el cordón umbilical del registro. Debería pues cortarse esa última línea de comunicación jurídica entre el bien abandonado y el poseedor negligente, mediante la inscripción de la resolución que declare el abandono, para aniquilar los efectos del anterior registro.

Solamente por el registro de la resolución administrativa de abandono, pasaría la mina, de nuevo, a poder de la Nación, y la perdería definitivamente el titular.

EL ABANDONO DE LAS MINAS REDIMIDAS Y LAS DEMANDAS JUDICIALES

Las minas redimidas a perpetuidad podrían ser objeto de abando-

no, tanto en relación con la posesión, como respecto del dominio. Como se considera que el impuesto anual (llamado canon por el proyecto) quedó pagado por siempre, las minas redimidas a perpetuidad estarían abandonadas al no ser trabajadas formalmente. Después de dictada la providencia que hiciera la declaración de abandono, cualquiera, de acuerdo con las prelacións legales, podría avisarla y titularla para sí.

Un grave problema se presentaría ante el juez a quien correspondiera conocer de un juicio de oposición propuesto por el titular de una mina redimida a perpetuidad: debería desechar la oposición y ordenar la continuación de las diligencias establecidas por la ley para que el nuevo avisante restaurador pudiera adquirir el título de la mina?. O, por el contrario, debería el juez paralizar el proceso de la nueva adjudicación y dar aplicación preferente al art. 26 de la Constitución Nacional, que habla sobre garantía de los derechos adquiridos?.

Como la definición de lo que debe entenderse por derecho adquirido será siempre tema de la doctrina y nó de la legislación, para los jueces y para los que tengan intereses mineros, esta cuestión de las minas redimidas a perpetuidad constituiría una fuente inagotable de incidentes judiciales y administrativos. Subiría de punto la indecisión jurisprudencial cuando se enfrentara al concepto del derecho privado, el de la función social de ese mismo derecho que estatuye con meridiana claridad el mismo artículo 26 de la Carta fundamental del país.

QUE OCURRIRIA AL DESAPARECER LA POSESION REGULAR

Perdida la posesión regular de una mina, bien sea porque no se trabaje o porque no se paguen los cánones o regalías, o por otro motivo legal, se presentarían, según el proyecto, las siguientes ocurrencias jurídicas:

1ª—Si faltaren los trabajos formales en cualquier clase de mina, no habría posesión minera regular, ni irregular, porque desaparecería uno de sus componentes: la tenencia material;

2ª—Si lo que faltare fuese el pago de los cánones o de las regalías, desaparecería la posesión regular, pero se mantendría la irregular, porque aún se conservaría la tenencia material, a lo que equivalen los trabajos formales. Las minas redimidas a perpetuidad no quedarían comprendidas en este numeral;

3ª—Si faltare apenas la buena fe inicial, se conservaría la posesión irregular, exceptuándose a las minas adquiridas antes de la vigencia del nuevo Código, cuyos dueños continuarían siendo poseedores regu-

lares, porque en relación con ellos no es necesaria la buena fe;

4°—Si lo que faltare es el título justo, se conservaría la posesión irregular respecto de cualquier clase de mina.

LA CUESTION DE LA BUENA FE

Esto de la buena fe para adquirir la posesión regular, no es asunto fácil de desatar jurídicamente, dentro del estatuto de la Posesión que trae el proyecto de Código de minería.

Y echemos mano de un ejemplo para aclarar la cuestión: Si Juan compra a Pedro una mina convencido de que es del segundo, cuando en realidad no lo es, hay buena fe inicial sin que pueda argüirse que por haber comprado una cosa a quien no era su dueño, está viciada la posesión que tenga de la mina. Hasta aquí no hay problema. Pero supongamos que a los dos años de estar ejerciendo Juan esa posesión se dé cuenta de que la mina no era de Pedro sino de Diego y no obstante esta información continúe explotándola como dueño. Y preguntamos: desaparece la posesión regular porque haya desaparecido la buena fe? No debería ser así, porque el proyecto no dice cómo desaparece la posesión regular y por lo tanto es forzosa la aplicación de los principios generales. Como el título de Juan es justo y hubo buena fe inicial (C. C. art. 764), sólo otro poseedor material podría aniquilar, por medio de la prescripción, la posesión regular así adquirida.

La buena fe puede desaparecer después de la iniciación de la posesión regular, porque la posesión de esta clase, se confunde generalmente con el dominio y entonces la buena fe ya no juega papel jurídico alguno. Quien contrata de buena fe y después la pierde, en nada enerva las consecuencias jurídicas del convenio celebrado.

Podría atacarse el anterior desarrollo del papel de la buena fe en la posesión regular, diciendo que el artículo 203 del proyecto establece en forma taxativa lo que constituye la posesión regular, a saber: título justo, buena fe, trabajos formales de explotación y pago de cánones o regalías. Más bien debe interpretarse el artículo citado en su sentido natural y obvio, cual es el de manifestar lo que es necesario para que nazca, haya, o se constituya la posesión regular. Así lo da a entender la misma Comisión que elaboró el proyecto, cuando dice: "No basta la expedición del título y el pago del impuesto para *adquirir* la posesión regular del proyecto; se requiere además: trabajo formal de explotación. No sólo se *adquiere* con la expedición del título; basta un título traslativo, respecto del cual precisamente entra a obrar la buena fe".

En derecho civil, de conformidad con el art. 764 del Código de la materia, la buena fe inicial puede desaparecer en el individuo y no obstante continúa la posesión regular. No hay razón que coloque la posesión regular minera al margen de esa disposición del Código Civil. Cuando de posesión regular se hable en el proyecto, la buena fe deberá ser inicial, no importa que después deje de custodiar el derecho subjetivo de dominio o el de posesión.

LA POSESION IRREGULAR MINERA Y LA CIVIL

Planeada la eliminación de la posesión ordinaria de que trata el actual Código de Minas, el proyecto sólo conserva como diferente de la posesión regular, la posesión irregular, colocando así la actuación posesoria del adquirente minero, en el dípode fenomenológico de la posesión común.

El art. 204 del proyecto define la posesión irregular de la siguiente manera: "Hay posesión irregular cuando falta título justo o buena fe, aunque haya trabajos formales de explotación, bien sea que la ocupación de la mina se haya efectuado con violencia o clandestinidad o sin ellas".

El Código Civil Colombiano dice que la posesión irregular es aquella que carece de uno o más de los requisitos de la regular (C. C. art. 770). Es decir, que la posesión irregular civil es exactamente igual a la irregular minera que contempla el proyecto.

El actual C. de Minas no sanciona la posesión irregular, pero en él se cometió el error de definir la ordinaria de hecho, la violenta y la clandestina, que a nada conducen, por no ser posible la prescripción entre particulares. Quedaron marginadas del amparo posesorio esas clases de posesión minera, porque el Código actual establece que es indispensable el título de la mina para intentar las acciones que tiendan a hacer efectiva o a conservar la posesión. Lo dice el art. 321 de dicha obra: "Sólo el que ha conservado la posesión desde que la adquirió, o que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto en el año anterior, podrá establecer una acción posesoria".

Como al dictarse el nuevo Código, sería viable la liberación de un bien minero no poseído materialmente por su propietario, la posesión irregular ya sea simplemente material, ya sea violenta o bien clandestina, conduciría al dominio *erga omnes*, a la plena propiedad.

SITUACION JURIDICA DEL AVISANTE FRENTE A LA POSESION IRREGULAR

La ocupación de hecho del avisante es hoy posesión ordinaria. En la nueva legislación minera sería posesión irregular o posesión innominada más bien, porque reúne los dos elementos constitutivos de la posesión, tal como es aceptada en la doctrina universal:

a) Un cuerpo sobre el cual se ejerce poder, desde el momento en que la ley lo sustrae a la posesión de terceros (P. de C. de M., art. 215) y

b) Un elemento intelectual o ánimo de conducirse como dueño y de poder llegar a serlo, que es lo que significa el derecho preferente del descubridor o del restaurador a que se le adjudique la mina avisada (Ibidem, art. 46);

No puede faltar voluntad de portarse como dueño y señor a quien sabe que avisando el descubrimiento o el redescubrimiento de minerales del Estado puede llegar a ser dueño de ellos. Lo mismo hay que decir del poseedor irregular: se porta como dueño porque la ley le da la oportunidad de llegar a serlo en realidad, cuando se cumpla el lapso indispensable para la prescripción. La ley bien podría decir que se elimina la prescripción minera, como que se suspende la adjudicación de minas. En el primer caso, al que poseía con intención de prescribir el derecho de un titular renuente al trabajo, le sería imposible consumar su aspiración. En el segundo caso, el avisante no podría llegar a ser propietario, aun cuando respecto del aviso, una ley posterior no podría desconocer el derecho ad-rem que él constituye en forma perfecta.

DIVERSAS CLASES DE POSESION IRREGULAR

Sentadas las anteriores bases, el proyecto en nuestro concepto, contempla las siguientes clases de posesión irregular:

- 1ª—La del ocupante de hecho sin vicios;
- 2ª—La del ocupante de hecho con violencia;
- 3ª—La del ocupante de hecho con clandestinidad;
- 4ª—La del ocupante de hecho con mala fe inicial;
- 5ª—La del ocupante de hecho que ha dado previamente aviso de descubrimiento;
- 6ª—La del ocupante que ha formulado aviso o solicitud de adjudicación, después de la declaratoria de abandono;
- 7ª—La del titular que deja de pagar los cánones, cuando no hay

trabajos formales, sin permiso legal; o las regalías, cuando tales trabajos están efectuándose;

8^a—La del titular a quien se demuestra que obró con mala fe inicial;

9^a—La del poseedor a quien se anula su título.

Ya se dijo atrás que cuando faltan los trabajos formales se produce una total reversión de la mina al Estado. No quedaría al suceder eso, ni siquiera la posesión irregular, porque el proyecto consagra la primacía del corpus a todo lo largo del Título XIII, que trata sobre la Posesión.

Un individuo que ocupe de buena o mala fe, con o sin violencia, una porción de territorio y extraiga los minerales que allí haya, es un poseedor irregular porque al propósito de hacer suya la mina une la aprehensión de esa riqueza hasta cuando la usucapión completa, haga radicar en él el derecho de propiedad del dueño primitivo que no la trabajó durante diez años continuos. Este ejemplo corresponde a la posesión irregular de las clases 1^a, 2^a, 3^a y 4^a de que trata este numeral.

Cualquier individuo legalmente capaz de adquirir, sabe que hay unos minerales nuevos, o que se declaró el abandono de otros ya conocidos y los avisa en la Alcaldía municipal respectiva, con la intención de hacérselos adjudicar. Ese sería un poseedor irregular de las clases 5^a y 6^a.

Un titular minero que haya suspendido trabajos en su mina sin permiso de la Dirección seccional respectiva, y en general fuera de los términos legales, debería pagar un canon superficiario anual. Si, por el contrario, tiene en ejecución los trabajos, debería cubrir al Estado la regalía correspondiente. Al no cumplir esas obligaciones fiscales, dentro de los plazos estipulados por el proyecto, perdería la posesión regular y sería un simple poseedor irregular. Este caso se refiere a la clase 7^a.

Por último, puede ocurrir que a un titular minero, le demuestren en juicio reivindicatorio que no empezó a poseer de buena fe o que su título es absolutamente nulo. Ese propietario quedaría convertido en poseedor ordinario, siempre y cuando la mala fe y la nulidad absoluta, lo sea respecto de un contrato entre particulares, porque cuando se trata de minas cuya adjudicación esté prohibida, no podría constituirse posesión alguna. Quedan así explicadas las clases 8^a y 9^a.

EL TRABAJO FORMAL: CONDICION DE TODA POSESION MINERA

La legislación minera que está vigente no exige al poseedor ordinario, violento o clandestino trabajos formales de explotación. Los artículos 5, 6 y 10 del decreto 223 de 1932 exigen únicamente los actos discriminados del laboreo formal a los poseedores regulares. Esta ausencia de trabajos legalmente específicos para constituir y conservar la posesión no regular del actual Código de Minas, tiene su razón de ser en la mutilación que sufrió esa clase de pretendida posesión, cuando se le declaró incapaz de hacer presumir el dominio y de conseguirlo con la idónea herramienta de la prescripción.

El proyecto cambia completamente la situación anómala que a este respecto creó la legislación actual. Dice así: "Para ejercer las acciones contempladas en los ordinales b) y c) del artículo 147 (?) se deberá probar: 1º—El sostenimiento de trabajos formales de explotación en los términos establecidos en el Capítulo II, Título IX, con anterioridad inmediata de un año por lo menos a la pérdida de la posesión o al acto de embarazo inferido a ella..."

Como la disposición citada no hace distinción entre posesión regular y posesión irregular, en cuanto a la condición del trabajo formal para poder intentar las acciones recuperatorias y liberatorias, debe entenderse que no se reconoce posesión minera sin trabajos formales de explotación. Salvo el caso contemplado en el artículo 150 del proyecto que habla del permiso del Gobierno para dejar de trabajar las minas por un plazo determinado, cuando no resulte económico su laboreo o se presenten circunstancias de caso fortuito o de fuerza mayor.

La posesión irregular conduciría al dominio siempre que actúe dentro de normas legales. La posesión regular sería el dominio, generalmente. Ambas especies de posesión harían presumir la propiedad, porque serían su manifestación social.

Si hay tan íntima compenetración jurídico-práctica entre la posesión regular y la irregular, es apenas lógico que las disposiciones sobre conservación de la posesión, exijan para cualquiera de aquéllas, la ejecución de trabajos formales. El miembro de la Comisión revisora doctor Gómez, autor del anteproyecto de Título sobre Posesión, dice: "Para adquirir la posesión irregular bastará la ocupación de hecho, con trabajos formales de explotación, haya o no violencia o clandestinidad. La posesión irregular no puede perderse sino por el abandono de la mi-

na, o más claramente, por la ausencia de trabajos formales de explotación”.

La exigencia de trabajos formales, es paralela de la de actos que correspondan al dominio, de que trata la ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras. Tanto el poseedor regular como el irregular, en el proyecto de legislación minera y en la civil modificada por la ley 200, están obligados a portarse como dueños, con el objeto de que si no lo son, puedan llegar a serlo. De lo contrario, una posesión irregular sin actos que equivalgan al dominio, sería un privilegio tan anti-social, como el de una propiedad deliberadamente ociosa contra la que jamás pudiera obrar la usucapión.

Medellín, noviembre 30 de 1941.

FUENTES REALES DEL DERECHO

En el campo meramente teórico de la ciencia jurídica, uno de los tópicos más controvertidos, ha sido el que trata sobre los orígenes o fuentes reales del derecho positivo; y aún hoy, los tratadistas y comentaristas, no han logrado ponerse de acuerdo; pues mientras Cosentini, Recasens, Capitant y otros consideran como orígenes reales del derecho, la ley y la costumbre, otros opinan con Bonnetcasse y Geny, que la ley y la costumbre son fuentes formales del derecho; y asignan como fuente real, una contribución (que Bonnetcasse llama aporte), del individuo basada en la naturaleza intrínseca del medio social en que actúa; y quizá sea, porque muchos jurisconsultos no consideran esa contribución como capaz de dar nacimiento a preceptos de derecho, por lo que hay tan poca bibliografía sobre el particular.

Dejando a un lado lo relativo a los orígenes formales del derecho, que considero, como Bonnetcasse, que son: la ley, la costumbre y la jurisprudencia, y algunas fuentes accesorias que señalan otros autores, como: la tradición, la equidad, los preceptos del derecho extranjero incorporados en la legislación nacional, etc. dividiré —por vía de método— este breve estudio en tres grandes capítulos: en el primero, me concretaré a hacer un breve recuento sobre las diversas teorías que se han ideado para explicar el origen del derecho; en el segundo, haré un somero análisis del precepto o norma jurídica considerada en sí misma; y en el tercero, analizaré la fuente real de esa norma, y el modo como ella actúa.

I.

Admitiéndose cualquier teoría sobre el proceso que haya tenido que recorrer una sociedad para constituirse, ya sea, que se haya formado naturalmente y que desde que existió el hombre sobre la tierra, éste, espontánea y libremente, es decir, por naturaleza tendió a asociarse (como lo sostienen los Escolásticos); o que, como lo pretenden Spen-

cer, Lilienfeld, Ahrens y Fluntschil, Worms y otros, la sociedad tiene similitudes poco más o menos exactas con un organismo, y como tal, se ha ido formando lentamente; ora como piensan Holbach, Schaeffle, y Winiarski, para quienes todos los fenómenos sociales están inspirados por la acción de las fuerzas naturales y físicas existentes en el cosmos; o que se considera a la sociedad como un producto de las fuerzas psíquicas de la naturaleza, atribuyéndosele a estas fuerzas una función psíquico-mecánica, como dice Ward; etc., es un hecho que en toda sociedad han existido preceptos jurídicos, hasta el punto de que no puede concebirse aquélla sin éstos. *Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*. Cosentini, para probar la existencia del precepto jurídico en toda sociedad, dice que ésta tiende siempre a un fin (por lo menos el del bienestar social de sus componentes), y que para lograrlo se necesita la cooperación o coexistencia de todos sus miembros, la cual está dirigida por una forma regulada de acción, que es lo que constituye la norma jurídica o el derecho.

Cómo, pues, se han ido formando esos preceptos jurídicos dentro de la sociedad?

Recasens, dice que: "El derecho ha ido brotando concretamente en la historia merced a procesos sociales diversos: decisiones judiciales no basadas ni en norma legal ni en precedentes; costumbre; convicciones doctrinales (que obtienen aplicación por los tribunales); leyes; derecho extranjero que es incorporado a la práctica judicial, etcétera".

Para Vico, el derecho nace del fondo de la conciencia popular, es la "Sapientia volgare", merced a una obra anónima y colectiva de las naciones.

Se han formulado, hasta hoy, diversas teorías, que han dado nacimiento a las distintas escuelas sobre el origen de la norma jurídica positiva, en la sociedad.

El Dr. Félix Betancourt, considera estas escuelas, como divididas en dos grandes grupos; en el primero, incluye las que él llama "Del Derecho Arbitrario o derivado de la Voluntad" y en el segundo, están comprendidas las del "Derecho Cósmico o Existente en la Naturaleza". Pertenecen a aquél, la Escuela Autocrática, la Teológica o Teocrática y la del Contrato Social; forman el segundo grupo, la Escuela Racionalista o Espiritualista, la Histórica y la Positivista.

Para los partidarios de la Escuela Autocrática, no existe más derecho positivo que aquél que conviene al Príncipe o a las clases gobernantes, porque para ellos, no tiene razón de ser una norma jurídica,

que no emane del príncipe o de los que usufructúan el poder, según el conocido aforismo de que "*Quod principi placuit, legis habet vigorem*" (Lo que agrada al Príncipe, tiene fuerza de ley). Como se ve, es una teoría que deja totalmente desamparados los intereses de la colectividad, porque, es claro, que siendo una norma dada por la clase gobernante, ésta legislará conforme a sus propias conveniencias, quizá, olvidándose por completo del bien de las masas; y si alguna vez, alcanza el poder un gobernante de criterio superior, altruista, con miras hacia el mejoramiento de su pueblo en todos los órdenes, las ventajas incidentales de un régimen, no puede compensar ni en parte, el sacrificio de las libertades individuales, y aún sociales, y principalmente el peligro existente en todo momento de la tiranía del príncipe que ejerce el poder.

Se inspira esta teoría, en la doctrina expuesta por Maquiavelo en su obra "El Príncipe", y tuvo gran auge a fines del siglo XIII y principios del XIV; en efecto, puede recordarse que el Rey de España don Alfonso X (o Alfonso el Sabio), no pudo publicar su magna obra de las "Siete Partidas" una vez terminada, debido a que contenía preceptos que no convenían del todo a los Fueros Reales, por lo que dicha publicación sólo pudo llevarse a efecto algún tiempo más tarde, cuando ya el criterio del legislador español, sobre la conveniencia de dar a la nación dichos preceptos, que no se adaptaban del todo a los intereses reales, había evolucionado un poco.

Y para que se vea que fue la causa anotada, la que le impidió a don Alfonso el Sabio, la publicación de su obra, transcribo a continuación, una cita textual, que trae el Dr. Miguel Moreno Jaramillo, en su "Résumé Histórico del Derecho Colombiano", y la cual reza así: "La prudencia, dice Gómez de la Serna, no le permitía dar un paso que le hubiera acarreado complicaciones graves; porque si el Fuero Real, a pesar de su espíritu más conforme con el de los Fueros Municipales, y con las antiguas costumbres nacionales, encontró tan obstinada resistencia y cayó ante las injustas exigencias de los nobles, no podía esperar mejor suerte el nuevo código, compuesto en su mayor parte de leyes Romanas y de decretales que estaban en lucha con las preocupaciones arraigadas en el país y a que se oponían intereses existentes y poderosos".

La Escuela Teológica o Teocrática, sostiene que todo el derecho existente, tiene por única causa a Dios, de quien proviene, por lo que es modificable a voluntad del Ser Supremo (y aquí estriba el fundamento que tiene el Dr. Betancourt, para designar esta escuela con el

nombre de Escuela del Derecho Arbitrario o Derivado de la Voluntad), quien lo manifiesta a los hombres, por medio de la Revelación. Dice el autor citado, que esta doctrina es la base esencial del Absolutismo Monárquico y el único origen de las guerras Religiosas que registra la Historia.

La Escuela del Contrato Social, es la última que incluye el Dr. Bentancourt, en el grupo que venimos estudiando, debido a que hace derivar el derecho, de un acuerdo arbitrario entre los hombres.

Fue esbozada esta teoría, por el Filósofo Inglés Tomás Hobbes (1588-1679), quien considera al hombre como un ser anti-social, ya que según dijo él: "En el estado natural todos los hombres somos iguales y tenemos los mismos derechos, porque el derecho natural es la libertad de cada individuo para valerse de sus fuerzas, para conservar su naturaleza y hacer cuanto conduce a ella. De consiguiente: El estado natural, es el odio a muerte a los demás hombres" (homo hominis lupus).

Como consecuencia de este estado, la supervivencia del elemento humano sería imposible, por lo que Hobbes ideó su teoría del Contrato Social, consistente, según la explica él, en que todos los hombres se aliaron y formaron el gobierno civil, constituyendo así el derecho y la propiedad; pero, obrando conforme con su ideología, estableció, Hobbes, como primer principio civil, el siguiente: "Hay que procurar la paz, y si no es posible, entonces prepararse para la guerra".

Vino luego Juan Jacobo Rousseau, filósofo de la Revolución Francesa, quien concretó y desarrolló plenamente esta teoría en su libro "El Contrato Social", pero diferenciándose de Hobbes, en que para éste el hombre es un ser antisocial, mientras que para Rousseau, es sólo asocial.

Sobre esta teoría del Contrato Social, dice Edmond Picard: "La Escuela Autocrática hacía descender el derecho del cielo sobre la tierra, del trono divino sobre el trono humano. La Escuela del Contrato Social lo hace pasar de esas majestades, en lo sucesivo vacilantes, a la humanidad. Ella se acerca a la realidad, pero sin discernir aún que el Derecho es un producto natural que no tiene necesidad, para existir, de ninguna sanción artificial. Se relaciona, de ordinario, la idea del Contrato Social con Juan Jacobo Rousseau, porque él la expresó y la sintetizó mejor que nadie en un escrito célebre. En realidad, es de una antigüedad distante, y, especialmente, como lo explica Ihering, fue practicada en el origen de la Legislación Romana, cerca de tres mil años antes del solitario de Ermenonville. Roma naciente no reconocía derechos si-

no para el ciudadano, y con el consentimiento de la Asamblea del Pueblo reunido en actitud de guerra, en los comicios, y que, al mismo tiempo, prometía su garantía armada para el respeto del Derecho al cual acababa de adherir. Según este sistema el Derecho depende del libre consentimiento de los hombres confederados en sociedad. Ellos hacen un contrato para su establecimiento, como negociantes que se asocian para un negocio y convienen libremente, a su manera, las cláusulas y condiciones de su acuerdo, las cuales pueden variar al infinito y no tienen otra limitación que sus intereses o sus fantasías. No hay, pues, derecho sino cuando hay sociedad y contrato, y no existe sino bajo las formas y con el fondo que este contrato le ha atribuido. Es el consentimiento, solo, el que le da su carácter respetable y, de cierto modo, sagrado".

La mayoría de los Jurisconsultos de los siglos XVII y XVIII, preconizaron que el derecho era una creación del hombre, un fruto de las meditaciones del legislador; fueron estos Juristas, los que formaron la "Escuela del Derecho de la Naturaleza y del Derecho de Gentes", y que posteriormente se le ha designado con el nombre de Racionalista, Espiritualista o Idealista.

Pretende esta Escuela deducir el sistema jurídico, del análisis apriori de la naturaleza racional, pues para ella el derecho es un producto de la pura razón, porque es por medio de la reflexión que se hace el hombre sobre su origen, destino y fin como llega a obtener la elaboración de un derecho, que para él es ideal e inmutable.

Viene a ser pues, la concepción Racionalista del Derecho, deduciéndose de éste, que el orden jurídico es el producto del pensamiento humano.

Empieza esta teoría, con los protestantes Grotius (a quien se llama "El Padre de la Filosofía del Derecho") y Puffendorf. Entre sus principales seguidores se encuentran Donnat —de quien se dijo en su época que era "El Restaurador de la Razón en la Jurisprudencia"— y Thomasius a quien se debe el haber estabilizado y perfeccionado esta teoría; por último, Kant la formuló y llevó a sus últimas consecuencias.

Considera el Dr. Betancourt, esta escuela como "Del Derecho Cósmico o Existente en la Naturaleza" porque, dice, que según esta teoría el derecho se descubre en la Conciencia (lo que implica el reconocimiento de un derecho pre-existente en el cosmos) y, especialmente, por la razón, que lo hace derivar de su propio fondo, por procedimientos de estricta lógica formal.

Como se ve, esta doctrina tiene entre otros defectos, el de que no

considera para nada la influencia que ejerce el medio social sobre la formación del nuevo precepto jurídico.

Capitant, comentando esta teoría, dice en su "Introducción al Estudio del Derecho Civil" que, a pesar de haberse demostrado desde hace largo tiempo, la inexactitud de ella, a fines del siglo pasado, los Legisladores Franceses quisieron aplicarla en Argelia, cuando ellos llevaron a aquel país las mismas instituciones y códigos franceses, sin tener en cuenta la diferente civilización del imperio Argelino; como consecuencia de ésto, dice Jules Ferry en sus Comentarios sobre la Cuestión Argeliana, que no había una sola institución o ley francesa, que pudiera aplicarse en el imperio Argelino, sin haberle introducido antes profundas modificaciones.

Por último, para terminar esta somera exposición de la doctrina Realista, haré alusión a una cita que trae el Dr. Félix Betancourt, en su texto "Apuntes Sobre Filosofía del Derecho", y que dice: "La realidad desmiente constantemente estas pretendidas concepciones racionales y las hace aparecer como simples elucubraciones. Cuando se las quiere llevar a la práctica invencibles resistencias surgen, que hacen fracasar las más bellas teorías".

Vino posteriormente —y algunos la interpretan como reacción contra la escuela racionalista— la teoría Histórica, ideada por Vico, seguida por Hugo y Puchta, y desarrollada por Federico Carlos de Savigny, su principal representante, y a quien algunos consideran como su fundador.

Para esta doctrina, el derecho es un producto exclusivo de la historia —no del razonamiento— nacido de las relaciones sociales, de las necesidades económicas, de las aspiraciones de cada época y de la lucha de clases en defensa de sus intereses divergentes, que siempre han existido en todos los pueblos. Para esta doctrina "El Derecho se descubre en la naturaleza, en la cual aparece como resultado a través del tiempo, de la evolución histórica de los hombres en sociedad". Por ésto la denomina el autor tantas veces citado, Escuela del Derecho Cósmico o Existente en la Naturaleza.

Este derecho resultante del proceso social, es lo que constituye el Derecho Consuetudinario, a cuya gestación, le da Recassens una gran importancia, y el cual tiene su razón de existencia en el continuado apoyo —casi siempre tácito— que le otorga la colectividad, el que se manifiesta, juzgando de una manera a posteriori, en la no ejecución de las acciones contrarias al precepto en cuestión.

Es ésta la primera forma bajo la cual se presenta el derecho, el

que se ha formado en el comercio jurídico de los hombres; pudiéndose definir este derecho, como: "Las reglas que se practican en las sociedades antes de haber derecho escrito". Características de este precepto jurídico, es su resurgimiento, poco a poco, de la masa de las relaciones humanas, viniendo a ser así, un producto natural de las relaciones jurídicas; se ha formado por una larga tradición y por un uso constantemente repetido, estando de acuerdo —como es obvio— con las situaciones que van a regir; por lo tanto, sus decisiones están siempre conformes con las necesidades evidentes e inmediatas de la colectividad, lo que equivale a decir, que varía con las diversas circunstancias de la época; según la conocida frase de Ihering: "El es uno con la vida; con ella, él se muere y se transforma".

Me parece, que el Derecho Consuetudinario, puede, si no de un modo absoluto, al menos en algunos casos, confundirse con la costumbre —tomando la palabra "Confundirse" en un sentido amplio, no estricto— ya que tienen el mismo origen, la misma razón de existencia, y el mismo proceso constitutivo, hasta que dejan de ser tales, para convertirse en Derecho Escrito.

A esta Escuela se debe la concepción Evolucionista del Derecho y el haberlo comprendido como independiente de la voluntad del legislador.

Dice Capitant, que esta escuela se inspiró en la Doctrina de Montesquieu, expuesta en su libro "El Espíritu de las Leyes", y en el que concluye: "Los hombres no son únicamente conducidos por sus fantasías", y que los preceptos jurídicos, que son producto del hombre, son dictados "por la naturaleza de las cosas", esto es: "Por el conjunto de circunstancias que de ellas explican la infinita variedad, como el físico del país, su situación, su grandeza, el género de vida de sus habitantes, su religión, sus inclinaciones, su comercio, sus costumbres".

Se ve claro, que fue esta doctrina la fuente del reconocimiento por la Escuela Histórica, de la influencia del medio social sobre la formación del precepto jurídico.

Algunos autores consideran que para tal teoría, el derecho es en cierto modo necesario (a diferencia de la Racionalista), ya que éste no puede menos de realizarse, sino de acuerdo con la Tradición, las Costumbres y el Temperamento de la sociedad que rige; otra característica propia de la teoría que estudiamos, es que considera el derecho como esencialmente Evolucionista —y por lo tanto mudable— como puede verse, por ejemplo, en la historia de la evolución del Derecho Romano en el cual, las normas jurídicas actuales están estrecha-

mente ligadas a las pasadas; al mismo tiempo que aquéllas no son más que un proceso —poco más o menos largo— de adaptación para el derecho futuro, continuándose así ininterrumpidamente esta evolución.

Expresa Capitant, que según esta doctrina: "El derecho nace automáticamente; se desenvuelve del conjunto de relaciones humanas; no puede haber otro sino éste; él sale de la conciencia común del pueblo, sale de la entidad abstracta como reuniendo los derechos, las necesidades, las aspiraciones de todos. Una especie de fatalismo precede su desenvolvimiento. Lo que ha sido y lo que es, no puede sino ser". Y concluye de esa crítica, que esta escuela niega al legislador la facultad de crear.

Creo yo, que esta crítica, en parte, no tiene razón de ser; porque si el derecho está en constante evolución como lo predica la escuela histórica, cómo pudo nacer un todo automáticamente?. Igualmente dice el mismo autor que "Lo que ha sido y lo que es no puede sino ser", aseveración que contradice evidentemente el postulado que acabamos de enunciar, ya que mediante él, el derecho presente reemplaza el pasado, y aquél a su vez no es estable, sino uno de tantos eslabones, de la evolución jurídica y que será prontamente suplantado por el derecho futuro.

Además, no creo que las necesidades que nazcan en una sociedad y consiguientemente la ley o norma jurídica que venga a regular dicha necesidad, sea un fatalismo, como lo sugiere el autor de que hablamos; porque entonces tendríamos, extremando la lógica, que todo derecho es una fatalidad, ya que todo derecho no es más que una norma jurídica dada para regular necesidades sociales, provenientes de las mismas relaciones sociales.

Acerca de la facultad de crear que dicha escuela le niega al legislador, me parece, podría aceptarse tal aseveración, tomando dicha facultad en un sentido estricto, pero nó si se le considera en un sentido amplio, ya que, en la evolución jurídica consagrada por esta escuela, la norma futura, puede ser recogida y estudiada por el legislador, teniendo así —al menos, nominalmente y de hecho— la facultad de añadir o restringir (añadidura o restricción, que puede convertirse en una creación suya) el alcance práctico de determinado precepto, al tratar de adaptarlo a su medio social.

A juzgar por la siguiente cita, Edmond Picard se revela como uno de los más ardientes sostenedores de la Escuela Histórica; dice así: "La razón, es impotente, por sí sola, para discernir todos los elementos que concurren en la obra de la vida, y, por eso mismo sus conclu-

siones son siempre falibles, equivocadas, como lo sería una operación aritmética en que se hubiesen omitido uno o varios factores. Unicamente los acontecimientos jamás olvidan nada, porque son el producto del juego universal de las cosas y, en cuanto a lo que no vemos, no —por eso— está menos presente y deja de llenar tácitamente, anónimamente su función. Para discernir el Derecho, son esos acontecimientos lo que hay que considerar y estudiar. Sólo ellos pueden hacer nacer en nosotros, por un trabajo de abstracción cuyo fundamento son ellos mismos, alguna conciencia de las leyes generales a las cuales obedecen. Sólo los hechos, por las direcciones que en ellos percibimos, sobre todo cuando se les considera en series históricas prolongadas, pueden darnos una cierta previsión de lo que va a seguir, la realización del Derecho es un trabajo práctico ininterrumpido, no solamente del estado sino de todo el Pueblo, colaborando éste por sus instintos en la obra cerebral de los pensadores y de los legisladores. Toda doctrina incapaz de explicar el Derecho por la Historia, o que elabore un Derecho contrario a las enseñanzas de la Historia, es una quimera y queda sujeta a irremediable esterilidad”.

Posteriormente, el Filósofo inglés Jeremías Benthan, de los siglos XVIII y XIX, se dedicó a crear un sistema de Derecho que explicara su origen y fundamento; pero tampoco sus ideas fueron originales, pues se inspiró en las antiguas Escuelas Griegas, en la filosofía de Epicuro, y en las doctrinas de Hobbes y Rousseau. A la escuela fundada por Benthan, se le designó con el nombre de Positivista o Utilitarista, y preconiza que la base del Derecho descansa sobre el concepto de lo bueno, lo útil y del placer; por consiguiente, el Derecho es todo lo que nos sirve para alcanzar los placeres y la utilidad individual; como consecuencia, el Estado, debe limitarse únicamente, a garantizar las seguridades individuales; es decir, el Estado-Policía.

Parece que el Derecho de la República Yanqui, y en cierto modo el nuestro, están informados por esta teoría.

Entre sus seguidores se encuentra Ihering, quien difiere de su maestro, porque predica la tesis del Utilitarismo Social, distinta del Utilitarismo Individual, que es la de Benthan.

Dije antes que Picard parecía revelarse como uno de los más ardientes sostenedores de la Escuela Histórica; sin embargo, no lo parece menos de esta teoría, según se expresa al hablar de ella; dice: “La Escuela Positivista, cuya expansión completa data de los días contemporáneos, y que, poco a poco, se ha precisado y rectificado después de Augusto Comte, quien había renovado sus bases, es una mezcla só-

lida y armoniosa de las dos precedentes, (Histórica y Racionalista). Ella parte de la observación de los hechos, no admite otro método. Se atiene a la realidad, pero hace observar que ésta es no sólo externa y materialmente visible, como lo dice la Escuela Histórica, sino también interna bajo la forma de las intangibilidades psíquicas. En consecuencia, insiste para que la observación se ejercite en este doble dominio, sobre este díptico, el cual representa la Vida en su integridad. La Escuela Histórica se preocupa insuficientemente de la realidad cerebral. La Escuela Espiritualista se preocupa insuficientemente de la realidad externa. Importa, pues, acumularlas y armonizarlas, especialmente en el Derecho. Ver en Sí y ver en la Naturaleza, ciencia de lo interno y ciencia de lo externo, tal es la consigna científica del Derecho, y de toda sabiduría. El Positivismo considera toda la realidad, y ésta se compone de hechos psíquicos tanto, y quizá más, que de hechos materiales. Es esta realidad, bajo su doble aspecto, lo que constituye el fundamento del Derecho. Ella es su fuente, aquello en que reside su secreto etiológico”.

Son éstas, brevemente expuestas, las teorías sobre el origen del precepto jurídico, que menciona el autor tantas veces citado; no sé por qué, no hace siquiera alusión, a las otras doctrinas que se han ideado para explicar dicho tópico; y las cuales trataré de exponer, suprimiéndoles —en gracia de brevedad— algunos detalles, que parezcan supérfluos.

Teoría Marxista. Fue fundada por Carlos Marx (de ahí su nombre), y sostiene que toda la sociedad no es más que un producto exclusivo de la economía, o del factor económico imperante que se manifiesta en dicha colectividad; todo estado social, se sintetiza en sus funciones de vida y reproducción. Tiene esta teoría, dos fundamentos: uno Histórico, y otro Filosófico.

Trae esta doctrina su fundamento histórico, de las escuelas Liberales, cuyo lema, “Laissez Faire” (Dejad hacer), se estaba practicando libremente en ese tiempo, con lo cual el capital vino a quedar en manos de unos pocos —los más poderosos— quedando así la inmensa mayoría en la miseria. Pues bien: viendo Marx este estado de cosas, como la inmensa mayoría del pueblo sufría, mientras que sólo unos pocos gozaban de comodidad y abundancia —lo que era una consecuencia inmediata de la teoría liberal— fundó su teoría socialista.

El fundamento Filosófico de esta Escuela, estriba en dos teorías; a saber: La del Valor y la de la Plusvalía.

La teoría del valor la explica Marx, diciendo que toda mercancía

posee dos valores; un valor Usual, y un valor Conmutativo o De Cambio; el primero, es el que tiene la mercancía para uso del hombre; y el segundo es, lo que tienen de común entre sí las diversas mercancías, para poder ser cambiadas unas con otras.

El valor Usual, lo dan las cualidades físicas y químicas de las mercancías, por lo tanto es distinto en cada uno de ellas. El valor Conmutativo, está constituido por el punto de unión de toda mercancía, el cual es el trabajo cristalizado (según Marx), porque, me parece a mí, que el único punto de unión, que puedan poseer las distintas mercancías entre sí, para poder ser cambiadas unas con otras, es la conveniencia o inconveniencia que puedan tener las mercancías para el uso particular de cada uno, deduciéndose de aquí, que también el valor conmutativo es distinto en todas las mercancías; o sea, lo contrario a la creencia de Marx, quien sostiene que dicho valor es igual para todas ellas.

La Teoría de la Plusvalía, dice que las fuerzas humanas del obrero, poseen también un valor usual y un valor conmutativo.

“No es el trabajo, lo que el capitalista paga, sino la fuerza de trabajo, la facultad de producción. Al comprar esta fuerza por un tiempo determinado, el capitalista obtiene en cambio el derecho de explotación durante ese tiempo. Divídese en dos períodos el tiempo de explotación. Durante uno, la actividad de sus fuerzas produce sólo un equivalente de su precio, durante el otro es gratuito y produce, por consiguiente, al capitalista un valor sobre el cual no paga equivalente alguno, que nada le cuesta. El sobretrabajo de donde saca la plusvalía, no puede en este caso denominarse trabajo no pagado”.

Otro fundamento de la teoría marxista, lo constituye el evolucionismo histórico, el cual abarca tres fases principales, a saber; el materialismo histórico, la concentración de capitales y la lucha de clases.

Según el socialismo de Marx, al principio de la humanidad no había más que una masa informe, la cual en virtud de una fuerza plástica propia fué evolucionando lentamente, hasta producir los minerales; de ahí siguió su evolución hasta producir las plantas, luego produjo los animales, luego el hombre y de éste saldrá el superhombre, continuándose esta evolución indefinidamente, alcanzando cada vez más un grado superior de perfección; y concluye Marx, que la única razón de dicha evolución es la economía.

Es obvio que algunas circunstancias varíen con la economía, pero es imposible, que ella regule todas las circunstancias, y por lo tanto sea el único eje alrededor del cual se transforme el mundo entero. Por

esto mismo es falsa la interpretación que hace Marx de la historia.

Debido a esa transformación que ya estudiamos, vendrá luego la acaparación de los capitales en manos de los más fuertes, lo que se desprende fácilmente de lo anterior, porque si todo el mundo está evolucionando constantemente y ella se efectúa sólo alrededor de la economía, sucederá —dice Marx— que con el tiempo vendrán a quedar los capitales en manos de unos pocos, mientras que la inmensa mayoría queda en la total miseria.

Como una consecuencia evidente de lo anterior, vendría la lucha de clases, ya que si se acapara todo el capital los oprimidos se coaligarían con el fin inmediato de suplantarlo dicho régimen, yendo a quedar todo el dinero en manos del Estado para que éste lo reparta por igual, cayendo así en el socialismo más absoluto.

Dice Marx, que el estado actual de la sociedad capitalista, es el resultado de la aplicación de las teorías del valor y de la plusvalía; y que este estado tiene que ser reemplazado por la dictadura del proletariado, en la que se extinguirá para siempre esa división de explotadores y de explotados en que se ha conocido la humanidad. Todos los hechos posibles o ciertos, que puedan suceder o hayan acaecido a través de toda la historia de la humanidad los reduce Marx, en último análisis, a un proceso de economía, y llega a la conclusión de que hasta la cultura es un reflejo de la situación económica de los pueblos.

“La ley, la religión, las formas de gobierno, el lugar de los hombres en sus variadas agrupaciones sociales, todo está determinado por el sistema de producción que se impone; la labor fundamental de cada generación es el método de producción de los medios de su existencia”. Más adelante agrega Marx: “Que otra cosa demuestra la historia de las ideas sino que la producción intelectual cambia su carácter proporcionalmente a los cambios acaecidos en la producción material. Las ideas que gobiernan cada época son siempre las ideas de su clase gobernante”.

De manera, que según Marx, la economía es el criterio para distinguir lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo, lo equitativo de lo arbitrario, dentro de un orden social determinado.

Salta a la vista lo absurdo de esta teoría, porque es claro que todos los intereses humanos no son meramente económicos, ni todas sus necesidades tampoco; además, no es menos claro, que la economía no puede regular toda clase de actividades; ya que, por ejemplo, qué tiene que ver la economía con la elaboración de un calendario, que es una acción arbitraria del hombre?

Para otros, el origen del precepto jurídico, es un sentimiento interno propio de cada cual y el que nos hace distinguir lo conveniente de lo que no lo es.

Es esta la teoría del sentimiento natural o sentimiento jurídico, la cual ha sido sostenida por los escolásticos. Según ellos, poseemos un sentido innato de lo justo y de lo injusto; ya Aristóteles había considerado como una de las facultades específicas del hombre el sentimiento humano, y el cual es necesario tenerlo siempre presente y mirarlo como algo espontáneo de la naturaleza humana y no deducible por la experiencia.

En efecto: desde los más primitivos tiempos, se ha reconocido siempre un orden superior de justicia, al cual han estado sometidas todas las clases sociales de la humanidad, el que tiene como fundamento una realidad ontológica que instruye y dirige al hombre por la voz de la razón y castiga en la otra vida las violaciones cometidas contra ese orden.

Cada vez que nosotros desarrollamos un juicio, acerca de cualquier disposición, lo hacemos fundándonos en principios que se nos manifiestan más o menos claros a la inteligencia, siendo evidente que no se podría impedir la valorización de la ley y el considerarla injusta cuando no se conforma con nuestra manera de apreciar lo justo.

Aristóteles expone el contenido del derecho natural así: "Además de las leyes particulares hay otra común derivada de la naturaleza; pues hay cosas justas e injustas que todos más o menos conocen sin que haya precedido ningún convenio".

Cicerón dice: "Hay una ley, no escrita, innata, que no hemos aprendido de nuestros maestros, ni recibido de nuestros padres, ni estudiado en los libros: nos la ha dado la naturaleza misma... esta ley natural es el espíritu y la razón del sabio, la regla del justo y del injusto... de esta ley suprema, universal, nacida antes que ninguna otra ley hubiera sido escrita, que ninguna ciudad hubiera sido fundada, se deriva el derecho". Y San Pablo, en su epístola a los romanos la expone así: "Y así todos los que pecaron sin tener ley escrita, perecerán sin ser juzgados por ella; más todos los que pecaron teniéndola por ella serán juzgados; en efecto cuando los gentiles que no tienen ley escrita hacen por razón natural lo que manda la ley, éstos tales, no teniendo ley, son para sí mismos ley viva; y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrito en sus corazones, como se los averigua su propia conciencia y las diferentes reflexiones que allá en su interior ya los acusan, ya los defienden, como se verá en aquel día en que Dios juz-

gará los secretos de los hombres por medio de Jesucristo, según la doctrina de mi evangelio". Finalmente, en los primeros años de la iglesia decía San Basilio: "No tenemos excusas pues podemos elegir lo más conveniente sin necesidad de doctrina alguna, sólo guiados por la ley natural".

Quizá, se pueda decir que extremando la lógica de esta teoría podríamos caer en un subjetivismo poco más o menos peligroso para la realización de la armonía social; ya que poseemos un instinto moral que desarrollado mediante la educación y el esfuerzo de la voluntad puede ser considerado como un criterio para distinguir lo justo de lo que no lo es, pero este instinto abandonado a sí mismo sin la ayuda de la razón podría ser insuficiente para garantizar la realización del orden moral.

De donde se deduce que el sentimiento humano es uno de los factores que influyen en el desarrollo y progreso del derecho, pero no que sea la fuente única y primaria.

Son éstas, someramente expuestas, las principales teorías tendientes a explicar el origen de la norma jurídica positiva en la sociedad; como puede verse si exceptuamos la escuela teocrática, todas las demás teorías coinciden en afirmar que el derecho posee un origen perfectamente humano, diferenciándose entre sí, únicamente en el modo de explicar dicho origen en el seno de la sociedad.

II

Dentro del proceso constitutivo de una sociedad, van surgiendo necesidades colectivas que es necesario regular lo que se hace por medio del precepto jurídico o Derecho.

Cuáles son las características propias de dicha norma jurídica?

Ante todo se nos ocurre pensar, que como el derecho va a gobernar una colectividad tiene que poseer un carácter de Obligatoriedad para poder alcanzar debidamente su fin; porque es claro que si no fuera obligatorio, no podría gobernar una sociedad, ya que unos se someterían a él y otros nó; ahora bien: En qué se funda dicha obligatoriedad? Es indudable, que su principal fundamento descansa en el consentimiento — tácito o expreso — que le da la sociedad a la norma jurídica, consentimiento que se manifiesta en la aceptación espontánea de ella, después de haber evolucionado para adaptarse al medio social que rige; se ve muy claro este fundamento en la costumbre, ya que ésta es una norma dada por la misma sociedad en defensa de sus propios intereses y ante la evidencia de la necesidad común.

También tiene como fundamento la obligatoriedad de la norma jurídica, la Coacción, que es la prevención del castigo para quien viola la ley; uno de los puntos más controvertidos de la ciencia jurídica, es el de si la coacción es esencial o nó al Derecho, pues mientras para algunos constituye un elemento formal o esencial de él, para otros no pasa de ser una cualidad accidental que puede o no acompañarlo.

Dicen los primeros, que la coacción es esencial al derecho, porque sin ella no se cumpliría éste, pues al no existir una fuerza capaz de asegurar su eficacia, podría hacerse indiferente su observancia o inobservancia. Ihering pensaba que la coacción constituía por sí misma el elemento único e indispensable de toda norma jurídica.

En cambio para otros la coacción no es esencial al derecho, y se fundan para ello en la ineffectividad de ésta para reparar la violación del precepto jurídico, pues dicen que la eficacia de la coacción es nula para hacernos cumplir el derecho, si no queremos hacerlo, tanto en el orden civil como en el penal; ya que, en el primer caso, de no cumplirse el derecho se da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, y en el segundo, a la pena; pero ni la una ni la otra hacen que se cumpla la obligación o se devuelva la vida al asesinado.

Me parece a mí, que no por ésto deja de ser esencial la coacción al derecho, porque siendo éste dado para el bien común debe asegurarse por todos los medios posibles su cumplimiento, y sin duda alguna que uno de ellos es la coacción que al menos disminuye considerablemente las trasgresiones a la ley.

Hay que tener presente que la coacción es diferente de la sanción que se le impone al trasgresor de la ley.

Otras razones que contribuyen a afianzar la obligatoriedad del derecho son: Su procedencia de una autoridad legítimamente constituida, la que garantiza el cumplimiento de la norma jurídica y el ejercicio de la coacción en el caso contrario; hablando en un sentido más amplio es al estado a quien corresponde estas funciones; también tiene su razón de obligar el derecho, en todos los intereses que él garantiza, que hacen que la norma jurídica se adapte al medio social para que es dada; finalmente, algunos consideran como un factor capaz de influir en la mayor o menor obligatoriedad del derecho, la opinión pública que respalda o nó la norma jurídica que se le da a la colectividad; me parece que este factor posee varios puntos en que puede identificarse con el derecho consuetudinario de que hablé antes.

Otra propiedad esencial del Derecho, es su Exterioridad, es decir, que sean normas externas; ésto es claro, porque la norma jurídica

es dada para regular las relaciones esenciales entre los hombres, o sea, las relaciones que se manifiestan en la vida social, ya que los fenómenos internos (modos de juzgar el derecho, sentimientos, etc.). por ser esencialmente subjetivos y como tales distintos en todos los individuos no pueden ser regulados por ningún precepto de conducta.

Dije también, que el derecho regula las relaciones esenciales por oposición a lo supérfluo o relaciones accidentales que no tienen para qué regularse, y si en un principio las normas jurídicas reglamentaron o establecieron relaciones accidentales entre la sociedad, ello se debió quizá, a que en los primeros tiempos del derecho, se confundían los fenómenos jurídicos con otras clases de fenómenos sociales.

Otra característica propia del precepto jurídico, es que una vez establecido como tal, conserva una estructura propia que no se relaciona con las personas que deben observarla y a quienes se les impone aún contra su voluntad. Esta propiedad, la denomina Cosentini, Objetividad del Derecho.

Puede notarse además, que la norma jurídica, posee un carácter Imperativo —que no puede confundirse con la obligatoriedad de la misma— y el que se manifiesta bajo dos formas diferentes: Una forma Positiva —dentro de la cual se comprende el tolerar y el permitir— que se manifiesta en el mandato, bien imponiendo actos que de no cumplirse se seguiría perjuicio a otros, como por ejemplo, disponiendo que se cumplan los contratos legalmente celebrados, ora permitiendo y tolerando actos que sin implicar obligación contractual, están subordinados a otros.

La forma Negativa se manifiesta en la prohibición, que es la abstracción de ciertos actos porque su ejercicio redundaría en mal de la colectividad, esta forma corresponde al *Neminem Laedere*, y como ejemplo puede citarse, cuando el derecho manda no matar.

El precepto jurídico posee también un carácter de Universalidad, dentro de su propia jurisdicción ya que se aplica a todas las personas que se hallan en situaciones idénticas, y cuando se encuentran situaciones diferentes no reguladas por normas jurídicas existentes, entra a suplir la falta de dicha norma la acción creadora del legislador al tratar principalmente, por medio de la equidad, de adaptar dicha situación a un precepto jurídico pre-existente.

Cosentini propone la siguiente definición del derecho, en la que se comprenden todas las características ya estudiadas: “El Derecho Objetivo, es: El conjunto de normas obligatorias, impuestas a las acciones de los hombres para regular las relaciones exteriores indispensa-

bles a la coexistencia y la cooperación, y sostenidas por la autoridad del estado, a fin de garantizar a los individuos y a la colectividad social la consecución de sus fines”.

Dije antes que el derecho nace de las relaciones sociales, las cuales dirige; pero como dichas relaciones son eminentemente variables y por lo tanto mudables —de acuerdo con el medio, la época, etc.— se sigue de aquí que las normas jurídicas son variables y como tales relativas; pero por otra parte, el derecho debe tener por su propia naturaleza un carácter estable que le de vida propia definida y le diferencie esencialmente de las otras ciencias, de donde se deduce, que la norma jurídica posee en sí misma un doble carácter; es decir, es relativa y variable en su contenido o elemento material y estable, y necesaria en sus elementos y caracteres formales, que son los que acabamos de estudiar.

Puede notarse que el derecho aunque en los primeros tiempos pudo ser, como lo anota Ihering, una norma unilateralmente obligatoria, es decir, un mandato individual —o sea el despotismo— hoy es esencialmente bilateral, porque a la vez que otorga prerrogativas impone obligaciones, y concede aquéllas en cuanto que suplanta éstas. Es claro que tomado en este sentido el derecho tiene un carácter de garantía, ya que indica a cada elemento social una forma de acción determinada frente al conglomerado de que es parte constitutiva.

Puede comprenderse fácilmente este carácter de garantía atribuido al precepto jurídico bilateral, considerando la correlatividad existente entre el derecho y el deber, o lo que es lo mismo entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo.

El Derecho Objetivo está formado por una norma de acción que al mismo tiempo impone deberes y otorga prerrogativas; es la *Norma Agendi*; en cambio, suele definirse el Derecho Subjetivo, como la facultad o prerrogativa emanada del Derecho Objetivo, es la *Facultas Agendi*; como se ve hace relación al titular de él; ambos se complementan recíprocamente, porque sin la facultad de obrar no tendría razón de ser la norma jurídica, y sin ésta no podría obrar aquélla; sin embargo, conceptúa Cosentini que en el orden lógico, debe darse primero el Derecho Objetivo o la norma jurídica, ya que sin ésta la facultad humana de hacer quedaría obrando inciertamente.

Como el precepto jurídico impone deberes y al mismo tiempo concede facultades que dicen relación a dichos deberes, existe una correlación entre el sujeto del deber y el titular de la facultad o prerrogativa correspondiente; esta facultad es lo que algunos confunden con el de-

recho mismo —término que creo impropio usarlo en este sentido, porque esa facultad, me parece a mí, que no constituye el concepto específico del derecho sino uno de los múltiples aspectos que éste presenta en las relaciones sociales— Aclararé con un ejemplo esta relación de correlatividad.

Si yo soy dueño de una finca, tengo sobre ella la facultad o el derecho para gozar y disponer de ella arbitrariamente no siendo contra ley o contra derecho ajeno; lo que supone en los individuos que me rodean el deber u obligación —que ellos tienen— de respetarme mi derecho, no gozando ni disponiendo de la finca sin autorización del dueño. Aparece claro en este ejemplo, la relación de correlatividad que existe entre el que posee un derecho y los que tienen el deber correlativo a ese derecho; ya que la facultad que posee el dueño del inmueble da origen al deber que tienen los demás para no violar dicha facultad.

Quedan así expresadas ligeramente las cualidades esenciales que constituyen la naturaleza intrínseca del precepto jurídico.

III

Durante la Evolución del Derecho puede derivarse éste de las fuentes formales o reales; se señalan como las primeras, la Ley, la Costumbre y la Jurisprudencia; las segundas, están formadas por un aporte del elemento humano fundado en la naturaleza de la sociedad que el precepto jurídico va a gobernar.

Stamler define la fuente del precepto jurídico, como "Una voluntad humana, que tiende a dictar nuevo derecho".

Las fuentes de las normas jurídicas, anota Cosentini, poseen un significado distinto para el Jurista y para el Filósofo del Derecho; para el primero, es el punto de partida, el momento inicial de la norma; mientras que para el segundo, es un anillo de conjunción entre el fenómeno social y el fenómeno jurídico.

Como ya dije, la aparición del derecho en la sociedad se explica, por las necesidades colectivas del grupo; ya que cuando en una comunidad brotan diferentes necesidades que como consecuencia traen un cambio más o menos fundamental en las relaciones exteriores de los miembros de dicha comunidad, nacen también —y como reacción a esos fenómenos— nuevos modos de pensar y de obrar, acordes con las nuevas exigencias, las que al través del tiempo, se van haciendo —por decirlo

así— populares, y se van arraigando en la conciencia del grupo, hasta que el legislador las recoge en forma de Ley, o las consagra la costumbre, o la jurisprudencia, o cualquier otro venero de derecho.

En la explicación de las fuentes reales del Derecho, seguiré muy de cerca a Bonnecasse y Geny, que son los únicos autores que tratan dicho origen del precepto jurídico. Las Fuentes Generales del Derecho, pueden resumirse así, según la Clasificación de Bonnecasse:

	Costumbre:	Secundum Legem. Extra Legem. Contra Legem.
<i>Fuentes Formales:</i>	Jurisprudencia. Ley.	
<i>Fuentes Auxiliares:</i>	Doctrina. Práctica Extrajudicial.	
	Aporte Experimental:	Real o Natural. Histórico. Ideal.
<i>Fuentes Reales:</i>	Aporte Racional. Acciones Humanas (Cosentini).	

En toda Norma Jurídica, se distingue la naturaleza intrínseca de la misma y la forma exterior en que se manifiesta; la primera es la fuente real y la segunda la fuente formal.

La fuente real del derecho, está formada por un elemento experimental y un elemento racional; es el primero, el que da nacimiento de una manera inmediata al precepto jurídico pero bajo la inspiración y dirección del elemento racional que tiene por finalidad y por efecto purificar de alguna manera los aportes del elemento experimental. Se ve claro este elemento en la realización de los fines sociales ya sea proveniente del medio social o de la naturaleza humana. El elemento racional se manifiesta en la noción del Derecho.

Se deduce de aquí, que el elemento experimental puede ser estudiado bajo un doble aspecto: El que está representado por la naturaleza permanente del hombre que como se ve, forma la sustancia inmutable de dicho elemento y la que se manifiesta claramente en el derecho civil por considerarse en éste al hombre tal como es, y el formado por las aspiraciones sociales que constituye la sustancia mudable o en continua transformación del elemento experimental, que es la que pre-

domina en el derecho comercial ya que en él se regulan todas las funciones económicas del individuo considerado en las distintas tendencias del estado social y del medio físico en que actúa, de donde se desprende, la influencia que ejerce el medio social sobre la formación del precepto jurídico positivo; el que no sólo influye en su constitución sino que, bajo cierto aspecto, puede considerarse como orientador del mismo para conseguir su fin.

Como todos los individuos tienden a un fin toda sociedad tenderá también a un fin común; suele distinguirse en el hombre las nociones de las acciones, o lo que es lo mismo, los modos de pensar y los modos de obrar, sucediendo frecuentemente que los modos de obrar son reflejo de los modos de pensar.

“Los hombres reunidos en grupos tienden a comportarse de una manera semejante; sus modos de pensar, de sentir, de actuar, son como su manera de agruparse, usos comunes sancionados. Esta es la conducta”.

La consecuencia lógica de las aspiraciones humanas, viene a ser la formación de preceptos jurídicos positivos tendientes a satisfacer dichas aspiraciones.

Los anhelos humanos, están siempre dirigidos a llenar sus necesidades; éstas son, siguiendo la clasificación de Bonnacasse, de Orden Material (Económicas), de Orden Colectivo (Políticas) y de Orden Religioso (Místicas). Las aspiraciones de orden material son las tendencias del hombre a las cosas, y lo que se hace por satisfacer dichas tendencias se denomina Industria o Arte; ésta constituye la vida de producción. Las necesidades políticas son las aspiraciones generales del hombre, las que constituyen la vida de relación y tienden a satisfacerse por medio del derecho y el idioma; finalmente las necesidades religiosas consisten en los sentimientos del hombre hacia los dioses, las que se satisfacen por medio de la religión.

Hablando del Aporte Real, dice Geny: “Yo entiendo por aporte real o estrictamente natural del derecho positivo, aquello que consiste en las condiciones de hecho en que se encuentra colocada la humanidad. Poco importa que se trate de la naturaleza física o moral, en que los hombres están como encerrados (clima, suelo y sus productos, constitución anatómica y fisiológica del hombre, estado psicológico, aspiraciones morales, sentimientos religiosos, etc.) o condiciones económicas que influncian su actividad, es decir las fuerzas políticas o sociales existentes”.

“Estas realidades positivas y actuales no crean directamente las

reglas jurídicas, pero les dan sus lineamientos, y, al menos, constituyen el medio necesario. Estos son aportes primeros que es indispensable tener en cuenta ante todo. Así, desde el momento en que hay dos sexos distintos que dan lugar entre los seres humanos a una unión sui-generis —aporte real primero— surge la cuestión de la reglamentación jurídica de esta unión. Si el hecho mismo no puede por sí solo fijar las reglas del matrimonio, al menos él precisa la noción, para indicar, por ejemplo, que semejante unión cualesquiera que sean las reglas a que deba someterse, no podrá existir con su carácter propio, entre seres del mismo sexo. Y las diferencias psicológicas y morales, juntándose a las diferencias físicas, conducirán así a reconocer, entre el marido y la mujer una diversidad de situación jurídica, que serán influenciadas igualmente por las condiciones económicas y políticas del mundo social. Ahora si al hecho que atendemos, la filiación de los hijos nacidos de esa unión del hombre y la mujer cuya reglamentación jurídica consiste principalmente en problema de prueba, percibimos sin dificultad que las exigencias del derecho no pueden ser las mismas para la prueba de la filiación maternal, resultante de un hecho perfectamente individualizado, notorio, fácil de constatar, como es el parto, distinto de la filiación paterna cuya fuente está rodeada de misterio, fugitiva, equívoca por esencia, prácticamente impenetrable y no puede dar lugar a una prueba directa y positiva. Sin dejar de tener en cuenta qué consideraciones sociales muy variadas intervienen aquí para sujetar las reglas a ciertas direcciones irresistibles, es, pues, un error negar que existe un elemento natural en la base misma del derecho... Es sin duda pensando en este elemento primitivo de toda organización jurídica que los jurisconsultos nos han hablado de *un jus naturale*".

Este aporte real es complementado por un aporte histórico que se funda en la tradición no interrumpida del precepto jurídico existente. A este respecto dice Bonnacasse: "Sobre este aporte real viene a injertarse un aporte histórico. Y ese histórico no consiste solamente —a imagen del real— en el ejemplo, la costumbre de esa unión de sexos se ha hecho en casi todos los países sobre la base del matrimonio regularizado por el control de una autoridad social, sea religiosa o civil. Este aporte histórico se realiza especialmente por medios técnicos: costumbre caracterizada, ley escrita y otras fuentes formales del derecho. De este conjunto de fuerzas concurrentes completadas con la evolución misma del mundo resulta un conjunto de preceptos que sirven de cuadro a la conducta de la humanidad, a veces muy pesada para

ella, pero de la cual no sabrá hacer abstracción en su marcha progresiva. La Ciencia, dice Henri Picaré, no es la historia del pasado; es la tradición que se debe criticar, sin duda, pero de la cual no se puede hacer tabla rasa".

También sirve para complementar el aporte real que venimos estudiando, un aporte ideal consistente en la intuición innata que tiene todo hombre a perfeccionarse, es decir, una aspiración permanente del hombre a lograr un estado mejor. Cornejo trae una cita, tomada de Aristóteles, tratándose de este aporte Experimental-Ideal, que constituye por sí misma una síntesis admirable acerca de la naturaleza intrínseca de dicho aporte; dice: "Las piedras quieren ser vegetales, los vegetales animales, los animales hombre, el hombre, Dios". Se ve claramente en este texto, la sustancia del aporte ideal que concentra todas las aspiraciones humanas en vista del progreso constante de la norma jurídica, ya que además del derecho que imponen las realidades de la vida y los imperativos de la razón, existen un conjunto de consideraciones en todos los órdenes —físico, moral, religioso, político, psicológico, económico, etc.— que sin imponer nuevas normas de conducta dentro de una colectividad, al menos señalan las inclinaciones que deben seguir las ya existentes, lo que indica un aporte ideal de la vida, puesto que no representa realidades tangibles o concretas ni condiciones de la naturaleza humana, ya que sólo hace referencia a realidades deseables en las relaciones jurídicas.

Tratando de este aporte ideal, dice el Dr. Rodríguez en su traducción de la obra de Bonnacasse: "A decir verdad, este aporte ideal es extremadamente vasto y forma como la atmósfera ambiente de toda cuestión de derecho. Tomemos un problema legislativo cualquiera, de aquéllos que se debaten ampliamente en sus diversas acepciones. Se encontrarán ahí múltiples consideraciones que no consisten ni en necesidades físicas, ni en necesidades racionales hablando propiamente, que no son impuestas por la influencia del pasado, que traducen el sentimiento público o el estado actual de civilización. Se encuentra este elemento en los trabajos y deliberaciones que suscita una reforma cualquiera del derecho existente. Hay que observar que consideraciones de este mismo género surgen cuando se discuten controversias de moral y de derecho, en que el procedimiento más a menudo empleado, y el más decisivo para el espíritu consiste en refutar las opiniones que se emiten, alegando el absurdo o la inadmisibilidad de las consecuencias a las cuales ellas conducen. A este sistema recurren hoy cuando quieren llegar a resultados positivos quienes niegan toda moral y todo de-

recho natural. Es evidente que empleando este sistema vienen a afirmar quiéranlo o nó, el carácter imperioso de ciertos principios latentes de orden moral o jurídico. Pero cuando estos principios no se presentan como emanados exactamente de la razón, cuando ellos aparecen como predominantes en las conciencias en un momento dado, parecen suplir a la poca firmeza de su origen, por esa fuerza particular del ideal que arrastra las voluntades hacia las soluciones que parecen más deseables”.

“Es sobre la base de un ideal de esta suerte, que se puede justificar y apreciar, en el estado actual de nuestra civilización, el principio de la monogamia, la indisolubilidad o disolubilidad del vínculo conyugal, etc. por ésto se ve que el aporte ideal no es, a diferencia del precedente (aporte racional) universal e inmutable”.

Por tanto este favor no es de orden puramente técnico porque él se impone en alguna forma al espíritu. Parece difícil asignarle de manera general un carácter estrictamente científico. El no proviene de un conocimiento estrictamente racional, sino más bien de fuerzas mal precisadas que bajo el nombre de creencias o de sentimientos determinan de una manera imprecisa, pero cierta, convicciones o movimientos de voluntad, los cuales vienen al fin a presentar una objetividad suficiente. No se trata de la opinión pública, potencia ciega y brutal, que puede a veces revelar el ideal, pero que es incapaz de destruirla cuando conspira contra él bajo el impulso de un instinto evidentemente inferior. Hay que hablar aquí más bien de una intuición, de una experiencia integral que suple la inteligencia y merece por su necesidad y por su profundidad misma, la influencia que le reconoce el testimonio universal de la humanidad. Es claro que este aporte ideal no tiene en sí la autoridad decisiva de las sugerencias de la razón pura, interpretando la naturaleza a la luz de la historia. Pero a defecto de ésta, él interviene como un elemento esencial y no despreciable en el desarrollo jurídico. Más bien él procura un afianzamiento de las conclusiones de la razón, un acercamiento de la vida social a la justicia suprema. Permite a veces luchas contra las instituciones que no responden al estado de civilización o de progreso de las ideas, y que se las tenía antes como racionales. Aquí lo relativo actualmente a las nuevas teorías de responsabilidad civil en relación con el riesgo. Por lo tanto, el aporte ideal cuya existencia e importancia son ciertas, no puede dejarse de lado en un inventario de los elementos de la organización jurídica positiva. (Geny. Pag. 389. Tomo II.)”.

Una vez estudiado el elemento experimental, hay que analizar el

elemento racional, que como ya se dijo es la segunda fuente real del Derecho. La conciencia individual señala un principio superior a las contingencias humanas, que se encarga de definir la armonía social y señala los medios necesarios para alcanzarla. Es éste el elemento racional, que tiene por fin, como ya lo notamos, el informar y dirigir el elemento experimental y el cual se manifiesta como una noción de derecho.

Algunos consideran esta noción, como una cuestión psicológica, otros la consideran metafísica y también se le considera como religiosa. Los primeros creen ver en el concepto jurídico un producto de la conciencia humana ya sea individual o colectiva.

Para los sostenedores de la escuela metafísica, el derecho es una noción abstracta que participa del concepto de lo absoluto, viniendo a considerarse la norma jurídica como una de las partes que forman el orden del mundo; una fe de las fuerzas individuales pero reales, en cuyo seno se transforma el cosmos orientándolo hacia su fin.

La concepción religiosa del precepto jurídico, viene en último término a identificarse con la concepción metafísica del derecho.

El Aporte Racional, son las reglas de derecho que la razón por sí sola es capaz de deducir teniendo en cuenta la naturaleza del hombre en contacto con el mundo exterior. Es este aporte el que constituye en concepto de Geny, el fondo esencial del derecho natural clásico, si nó el de los Romanos, al menos el elaborado por los filósofos modernos.

Este aporte que venimos estudiando, me parece que posee algunos puntos de contacto con el Derecho Consuetudinario, ya que como él, son normas jurídicas que se imponen naturalmente al hombre, por corresponder a las necesidades más inmediatas de la sociedad.

"Así en la materia del matrimonio, vemos que la naturaleza del hombre, tal como la interpreta la razón, ordena que no se admita más que una unión estable permanente, resultante de un acuerdo de voluntades serias, distintas de la mera unión brutal, y que realice por medio de una moralidad superior y de una educación de los hijos, el dominio del hombre sobre sus pasiones. Pero este aporte racional no traspasa lo estrictamente necesario. Otras consideraciones como la monogamia estricta, la indisolubilidad del vínculo, no pueden surgir más que de un absoluto grado superior de consideración, que nos transporte a la esfera de un ideal. Por su naturaleza el aporte racional debe permanecer como una aplicación estricta de la razón. Es un error muy frecuente de los sostenedores del derecho natural, el pretender darle extensas aplicaciones en toda la materia jurídica".

Como se ve, el campo de acción del aporte racional, está limitado por los preceptos jurídicos que es capaz de descubrir la razón, fundada para ello, en la naturaleza humana en relación con el mundo exterior, y consiguientemente con las leyes que rigen el orden del mismo.

Cosentini establece una nueva fuente del derecho —que me parece a mí, puede clasificarse como Real— y es la que él llama “Las Acciones Humanas”, consistente en la posición que adopta el hombre al observar la norma jurídica ya establecida; fenómeno que tiene —como lo anota él— una influencia sobresaliente en la elaboración del derecho y que data de los tiempos más primitivos.

Es claro, que se refiere dicha posición, a las acciones constantes del hombre, que obedecen a necesidades también constantes de la colectividad, las que hacen reaccionar a sus miembros de una manera semejante en el modo de sentir y de reflexionar para buscar los medios como satisfacer dichas necesidades.

He hecho esta anotación, ya que como es evidente, también existen acciones mudables y accidentales, las que a lo sumo, sólo influyen en el modo como se observa el derecho.

Explica Cosentini este origen del derecho, diciendo que el hombre ejerce su actividad en un campo no regulado por la norma jurídica y entonces tenemos una acción creadora de los hechos humanos, o bien, obra en un campo ya establecido por leyes existentes pudiéndose entonces presentar uno de los tres casos siguientes: Si obra en un todo de acuerdo con la norma jurídica pre-existente; o solamente su actividad está conforme con una parte de dicha norma y contraria a otra parte de la misma, en tal caso, las acciones humanas ejercen una acción modificadora del precepto jurídico; o finalmente, el proceder del hombre puede encontrarse en un todo contrario al derecho existente, y entonces tenemos una acción humana que es fuente o causa del deauso de un precepto jurídico.

Se ve clara, la influencia que tienen las acciones humanas, es decir las maneras como el hombre observa el derecho, en la formación del mismo.

Como consecuencia, puede afirmarse, que la fuente Real del derecho, es mucho más importante que la fuente Formal, ya que aquélla es la sustancia misma de que está hecho el precepto jurídico, y consiguientemente se da también primero, en el orden lógico, que el origen formal.

HA FENECIDO EL LIBERALISMO?

Especial para "Estudios de Derecho"

Los acontecimientos actuales de la humanidad y las ideologías en boga que cautivan ardorosamente a la juventud, hacen pensar, si en verdad han fenecido las ideas liberales, o si el afán de las juventudes por profesar las totalitarias, obedece a falta de análisis, de comprensión histórica, o a una perjudicial tendencia al snobismo.

Lo cierto es que la frase "El Liberalismo ha fenecido", es emblema de las generaciones actuales.

Si la juventud quiere vivir al orden del día en la nueva época, debe bautizarse en las doctrinas socialistas, comunistas, fascistas o nazistas, es ya dicho popular.

La panacea del mundo moderno es el Marxismo, y "El Capital" contiene las enseñanzas para modelar la futura sociedad sobre bases firmes y durables, sobre la justicia y la equidad, a diario oímos repetir.

La juventud debe tomar como modelo de organización a la Rusia Soviética, es consejo de cátedra.

El joven debe proscribir de su biblioteca a Adam Smith, Ricardo, Locke, Rousseau, Washington, Jefferson, para abrirle campo a "El Capital", a los libros de Lenin, Trotzky y Stalin, a "Mi Lucha" de Hitler, a la doctrina del Estado corporativo de Mussolini, es amonestación del que se precia de actualizante, de contemporáneo.

Los principios liberales son ya inactuales y caducos; el individualismo es la causa de todas las desgracias sociales. Sólo el intervencionismo de un Estado fuerte y dominador corresponde a las necesidades de la compleja vida presente; se impone reforzar el principio de la autoridad, so pena de ser incapaces de seguir el progreso humano, que es todo acción y rapidez; debe primar totalmente la sociedad sobre el individuo egoísta y disociador. He aquí las líneas generales de un programa de la juventud moderna.

Habrà, ciertamente, fenecido el Liberalismo?

El liberalismo ha emancipado al individuo a través de todas las edades históricas. En dondequiera que se haya batallado por la justicia, contra las desigualdades sociales de raza, sangre y riqueza, dondequiera que se rompan arbitrariedades, prejuicios y privilegios, está informando la ideología liberal.

El Cristianismo fue un movimiento auténticamente liberal; también la Reforma, el movimiento de la Carta Magna, la Enciclopedia, la Revolución Industrial y la Revolución Francesa.

Su obra ha sido crear los derechos individuales:

“Abolió la esclavitud, las castas, las clases privilegiadas, la autocracia como forma de gobierno; emancipó gentes que se rebelaron contra las múltiples restricciones de los gremios, la política mercantilista y el poder de la Iglesia y las dinastías. Libertó al pensamiento, al genio inventivo, al espíritu de empresa y al trabajo. Emancipó la conciencia, el pensamiento y creó la libertad de enseñanza, de investigación, de expresión y de asociación”.

El siglo XVIII, la era emancipadora por excelencia, es la era cumbre del liberalismo.

Ese siglo rompe la concepción absoluta del derecho divino de los reyes; liberta la razón de la tutela rígida del principio de fe; da al individuo entidad de ciudadano y le define derechos inviolables; genera la libertad económica, de trabajo, de industria y de comercio; repudia los principios de la estructuración artificial de la vida económica de las sociedades y declara en Manchester el *laissez faire* y el *laissez passer*.

El *laissez faire* y el *laissez passer*, dejaron surgir al proscenio de la vida económica, la diversidad de las aptitudes humanas, las diferentes modalidades intrínsecas de los hombres. El Estado Gendarme, impasible centinela de la feroz lucha de selección, por la ilimitada competencia y concurrencia de los individuos, hizo conocer a la humanidad las ventajas de la libertad como principio normativo de la economía.

No debe olvidarse que “el *lesseferismo* fue doctrina emplazada como una artillería de sitio por los filósofos radicales de hace un siglo para derrocar las iniquidades y privilegios acumulados en los siglos anteriores de monarquías absolutas y de completa ignorancia económica, así como para conquistar los derechos y garantías individuales. Pero que no ha sido canon fundamental del Liberalismo, porque tales dogmas no fueron contenido inmutable para seguir luchando, una vez

alcanzadas las posiciones fundamentales y derruido el pasado de errores”.

“Escuelas como el radicalismo económico de Manchester, son fenómenos históricos destinados a producir efectos dados, confluencias de opiniones que se enfrentan a estados de cosas especiales y luego decaecen como pasa con todo lo terreno, sin quedarse plantado a través de las edades y a lo largo del espacio como si fueran evangelios”.

El Estado Gendarme, fue una bandera de lucha. Cumplió ya su cometido. El quietismo, la inacción, la complacencia, la indiferencia y el gobierno débil, son la corrupción del Liberalismo, no su dogma.

Estos postulados liberales, hoy despectivamente combatidos, encaminaron la humanidad hacia uno de los períodos históricos de más fecunda fuerza creadora: los inventos y descubrimientos científicos fueron incontables; las ciencias ensancharon sus horizontes; las artes se multiplicaron; la máquina logró dominadora perfección; el mundo se inundó en riqueza y el nivel general de la vida aumentó.

Elevan el sentido de la dignidad del hombre y crean una de las más grandes conquistas humanas: la economía moderna, basada en la división del trabajo y regulada por medio de mercados libres.

Será época nefanda para la humanidad ésta que dio vuelo al espíritu, altivez al ingenio, que consideró conveniente dejar hacer para que en el mundo de los hombres, donde nada puede haber permanente y en el cual nadie puede asegurar dogmas económicos, ni políticos, todos aportaran sus luces, todos intervinieran, todos crearan, todos inventaran, todos pudieran propugnar sin prejuicios por normas y principios de la vida en sociedad?

Nadie se atrevería a afirmar que esas revoluciones perjudicaron al progreso de la humanidad. He creído que constituyen la mayor conquista de la historia y que corresponde al Liberalismo.

No se puede romper el hilo de la trama histórica para considerar un siglo de humanidad o una época o un período, desligado de los muchos milenios que cuenta el hombre de vida.

El siglo XVIII, cumbre del proceso emancipador, cometió errores imperdonables, creó males funestos, es permitido sostener.

Pero pecado de lesa humanidad es catalogarlo como era desgraciada para el hombre.

Qué habría sido de la humanidad si esos acontecimientos de los siglos XVIII y sus consecuencias del siglo XIX no hubieran tenido efecto?

Media o nó profunda diferencia entre el hombre medioeval y el hombre actual?

Es adelanto poseer la humanidad la actual economía capitalista a cambio de la estrecha economía gremial y patriarcal del medioevo?

Sería preferible que la humanidad retrocediera a las postrimerías de la Edad Media y que volviéramos a empezar a escribir la historia corrida, o aceptar lo que tenemos, el patrimonio de hoy, en consideración de que las ventajas, progresos y riquezas, guardan distante proporción con los males, miserias y calamidades que tanta grandeza tenían que aportar?

Las respuestas firmativas que mi espíritu da a estos interrogantes, me llevan a afirmar, que con sólo estudiar la historia del Liberalismo, sería suficiente para constatar que él no ha fenecido, porque ha escrito la parte más noble de la historia humana.

Con mayor razón puede afirmarse que el Liberalismo no ha fenecido y que por el contrario fuera de su doctrina, no habrá posible sociedad organizada, comparando las tesis fundamentales suyas con las preconizadas por el Totalitarismo.

La lucha ideológica actual de la humanidad está planteada entre el Liberalismo y las doctrinas totalitarias. Es la inveterada lucha entre dos tendencias humanas sobre la manera de organizar las sociedades: la que confía esta tarea al individuo y a la libertad y la que la deposita en el Estado o en la Colectividad.

Parte el Liberalismo de la naturaleza humana al defender al individuo como base de organización. Considera vano pretender que el hombre renuncie a su egoísmo, a su espíritu individualista, a su amor propio, en favor de la comunidad o del Estado.

Y concluye que si el hombre es individualista y fuertemente está aferrado a su sér ese sentimiento, hay que partir de él, a fin de edificar una sociedad que prometa ser estable, pues siendo la sociedad unión de hombres, lo lógico es que se modele y organice sin contrariar los sentimientos e inclinaciones connaturales en ellos.

En cambio, la organización autoritaria de la sociedad, desconoce que ese sentimiento individualista sea connatural en el hombre, y antes que tratar de encaminarlo hacia un fin común y de desarrollar en él sus ingénitos sentimientos altruistas, como aspira el Liberalismo, opta por someter a los hombres a una cooperación forzosa, a una vida obligada en pro de la colectividad.

El Totalitarismo no admite que el hombre tenga derecho a buscar su felicidad personal y cercena todo principio de la autodeterminación individual. El fascismo acepta al individuo únicamente en tanto que sus intereses coincidan con los del Estado, según Mussolini.

Y el Comunismo Ruso no reconoce ningún derecho del individuo, a trabajar, a poseer bienes, a pensar, a crear y a hablar, que no coincidan con los intereses del Estado Proletario.

Consecuentemente con sus postulados individualistas, el Liberalismo defiende la libertad.

Propugna por la libertad que favorece el desenvolvimiento de las fuerzas creadoras del hombre, que despierta sus potentes energías, que incita su ingenio, su iniciativa.

“Cree que solamente ampliando más la libertad de pensar, de argüir, de debatir, de cometer errores y sacar lecciones de ellos, de explorar, y en ocasiones descubrir, de lanzarse a aventuras y empresas, pueden concebirse nuevas ideas, pueden formarse nuevas relaciones, nuevos hábitos y por consiguiente la humanidad avanzar y mejorar”.

El Liberalismo defiende también, como principio fundamental, la igualdad humana de oportunidades. No considera la variedad y la competencia como un mal que deba evitarse, y por el contrario las ampara, dejando abierta la puerta al talento y no eliminando la persistente variedad y el carácter antagónico de los fines humanos.

Magistralmente Walter Lippman define la igualdad liberal y la igualdad totalitaria, en las palabras siguientes:

“El Liberalismo no exige que todos los participantes en la carrera deban guardar el mismo paso y llegar a la meta juntos. Lo que quiere es que todos partan al mismo tiempo y que ninguno pueda echar fuera de la pista a un rival, con golpes o codazos. Si esta regla se observa, ganará el mejor corredor. No vencerá quien haya obtenido una ventaja de sus jueces y sobre todo una ventaja ajena a sus aptitudes de corredor. La concepción liberal de la igualdad, no contiene manifiestamente la promesa de hacer a todos los hombres iguales en riqueza, influencia, honor, sabiduría. Al contrario: promete que las desigualdades extrínsecas, impuestas por las prerrogativas y los privilegios, disminuyan, y que se afirmen las superioridades intrínsecas”.

En la doctrina liberal el Estado es árbitro y conciliador de los intereses privados de los individuos y gobierna por la aplicación de las obligaciones recíprocas de ellos, cada día más perfeccionadas, pues la sociedad liberal confía a la iniciativa individual de aquellos hombres seguros de sus derechos y responsables ante otros hombres que gozan

de iguales derechos, el cuidado de forjar los destinos de la humanidad.

En la doctrina totalitaria, por el contrario, todo es por el Estado, nada hay contra el Estado, nada existe fuera del Estado. El Estado soberano, omnipotente, omnisapiente y omnipresente, dirige y jerarquiza los asuntos humanos.

En el campo de la economía pueden verse aplicadas las tesis de las dos doctrinas. Los países demócratas encarnan la ideología liberal y la Rusia Soviética el sistema totalitario por excelencia.

Preconiza el Liberalismo el gobierno económico de las sociedades, acatando leyes naturales, es decir, no contrariando leyes que íntimamente están en la esencia de los hombres.

El Totalitarismo arremete contra todas las leyes naturales que gobiernan la vida humana y trata de modelarla artificialmente. Rechaza que la economía dirigida, la racionalización del trabajo y la intromisión exagerada de la inteligencia en la conducción del mundo, tienen un límite de sensatez y de eficacia, y se embarca en empresas de infantil altivez, de soberbia humana, según el profesor López de Mesa.

La libertad que el Liberalismo defiende, aplicada a la economía y traducida en libertad de industria, de trabajo y de comercio, y por lo tanto en la concurrencia y en la competencia, creó la economía moderna basada en la creciente división del trabajo. La libertad, permitió a cada individuo aplicar sus aptitudes, su ingenio, su iniciativa, sus dones personales, en empresas y oficios, que le determinan, de acuerdo con la modalidad intrínseca de su sér, una especialización propia y definida.

Y esa misma libertad creó el mercado libre, desde el cual se regula la vida económica de las sociedades, el trabajo, la inversión y el consumo, de acuerdo con las leyes naturales del hombre, de acuerdo con su libertad y su individualismo, porque "el mercado libre armoniza las aspiraciones y aptitudes infinitamente variadas de los hombres, con la infinita variedad de sus necesidades y gustos".

En la economía totalitaria no se reconoce la división del trabajo como consecuencia de la aplicación de las aptitudes particulares de los individuos, ni se tolera la libertad de comercio, de industria y de trabajo; ni menos se acepta la economía de mercados libres en los que se concurre, se compete y se vive bajo la ley de la oferta y la demanda.

La economía totalitaria es una economía dirigida; descansa sobre el Estado providencial que somete la vida económica a planes arquitect-

turales que estatizan la producción, colectivizan la distribución y comunizan el consumo de la riqueza.

El plan quinquenal ruso es el compendio de la economía totalitaria. Su objeto es, mediante la acción del Estado, asegurar a cada hombre, sustento, trabajo e igualdad.

Se calcula cuánto consumirá el pueblo durante el futuro período de cinco años, asignando arbitrariamente a cada individuo su ración; se encamina la producción a obtener las materias del consumo señalado de antemano; se promedia el trabajo de los hombres y se distribuyen automáticamente en las distintas operaciones y en los diversos lugares.

Se proscribe, por consiguiente, toda forma de libertad, todo valor a la iniciativa individual, y quedan insatisfechos y reprimidos los deseos, los gustos y hasta los caprichos humanos, pues, para lograr el fin buscado, hay que decirle al individuo en qué ha de invertir sus ahorros, en qué oficios ha de trabajar, qué artículos pueden ser objeto de consumo, qué artículos han de producirse, en qué lugares, en qué calidad y en qué cantidad.

Estudiando por qué surgieron los regímenes totalitarios, se concluye que el LIBERALISMO tuvo que incurrir en errores mayúsculos, pues reacción tan tremenda contra todo lo ganado, aceptado y tenido como bueno, no puede obedecer a la ambición de un jefe o a una simple tentativa de innovación.

En verdad, el Totalitarismo nació porque el Liberalismo yerra, porque descuida sus deberes, sobre todo sus deberes de defender sus conquistas, de aquilatar, vigorizar y mantener actualizadas cada una de las instituciones que a la humanidad legó.

Lo imperdonable de sus errores es que de tal manera se congela en ellos, que apenas la arremetida feroz del Totalitarismo que lo quiere arrasar todo, ha podido llevar al inaplazable movimiento de revisión total que los enmiende.

Los hombres se apasionaron por la libertad de tal manera, que no supieron dirigirla y dejaron que degenerara, sobre todo en el campo de la economía, en injusticias y desigualdades tremendas.

La libertad irrestricta dio nacimiento al derecho de contratación absolutamente libre; determinó un régimen de propiedad privada exagerado; dogmatizó el Estado Gendarme, tolerante de injusticias y despreocupado centinela de los males sociales, en fin, dejó surgir los mos-

truosos defectos del industrialismo y de la economía capitalista.

El error doctrinario del liberalismo fue tolerar los sacrificios impuestos a la humanidad por el progreso de la máquina, que explotó al débil; la proletarización de las masas; el desarraigo de los campesinos y su hacinamiento en las grandes urbes y la profunda desigualdad en riqueza entre la minoría dueña de todos los medios de producción, de la tierra, y de los recursos naturales, y la numerosa mayoría desheredada.

El liberalismo por historia y por doctrina enemigo de la injusticia y la arbitrariedad, erró, no impidiendo la gestación de ellas en el seno de la nueva sociedad que modela. Hizo de sus mismas instituciones libertarias armas creadoras de monopolios, privilegios y explotaciones. La ley, el derecho escrito, que nació como defensa de los pueblos contra los monarcas absolutos, gobernadores, jueces y legisladores a un mismo tiempo, se utilizó para escudar la mala distribución de la riqueza, para proteger la ambición de unos pocos contra las aspiraciones y propósitos humanitarios y justos del pueblo salido de los regímenes monárquicos.

Otro error del liberalismo, consiste en la preeminencia que dio al ideal de la libertad, sin interesarse en forma decisiva por armonizar los ideales y las necesidades, que requieren una dirección conjunta para establecer el justo equilibrio entre lo material y lo espiritual.

Los gobernantes y los pueblos liberales fundan instituciones, parlamentos, constituciones, órganos del poder separados, en fin, lo necesario para mantener intactos los derechos del hombre y el gobierno democrático, pero no atienden al problema de darle a cada hombre una vida económica independiente, congrua, de acuerdo con el progreso alcanzado por la humanidad.

Estos errores explican el nacimiento de las doctrinas totalitarias. Quien investigue a fondo la razón de estos sistemas, concluye que son reacción contra el liberalismo por los errores que cometió, palpables, funestos para la doctrina, gravosos para el progreso de la humanidad.

A la libertad absoluta oponen el régimen autoritario del Estado; al Estado Gendarme enfrentan el Estado Providencial; a la desigualdad antihumana, la desigualdad aberrante del colectivismo; al derecho de propiedad abusivo, la nacionalización de la tierra; al contrato privado, compulsivo de explotaciones, la administración pública; a la concentración capitalista, el control gubernamental de esas mismas concentraciones; a la preeminencia del ideal, la preeminencia de lo económico.

Se aspira a corregir los males del liberalismo, creando un nuevo mundo social, desconociendo valor a sus conquistas y proscribiendo sus ideas. Se quieren corregir errores, subsanar males, indemnizar perjuicios, yendo al extremo de la abolición de normas, ideas e instituciones que ya el hombre tiene aceptadas.

Del actual conflicto vendrán enmiendas provechosas: quedarán consagradas las reformas propugnadas desde los momentos en que los males liberales las impusieron.

Se dirigirá la libertad y el individuo y la acción del Estado en pro del bien común; se aceptará definitivamente el principio del intervencionismo de Estado; se tendrá en cuenta el hombre en su función económica; se hará una más justa distribución de la riqueza; cumplirá la propiedad funciones sociales; tendrán el Estado y el individuo obligatorios deberes sociales; se consagrarán, en fin, las transacciones necesarias del liberalismo con los principios socialistas, imperativos de la nueva época.

Pero ese nuevo orden no será el derrocamiento de lo hasta hoy ganado. Lo que vaya más allá del perfeccionamiento de las instituciones liberales, no perdurará.

La humanidad avanza, no retrocede. El Liberalismo ha creado. Vano es rechazar sus conquistas.

Hay que enmendar los errores, humanizar las instituciones, hacer cumplir a esas conquistas liberales un fin verdaderamente social, nadie lo discute. Pero error de comprensión histórica, es aspirar a crear algo nuevo sin partir de las conquistas liberales, ya incorporadas definitivamente en el patrimonio de la humanidad.

Julio de 1942.

PROBLEMAS AGRICOLAS E INDUSTRIALES DEL PAIS

Para "ESTUDIOS DE DERECHO"

En diversos órganos de la opinión pública se habla con frecuencia de la situación del Estado frente a la agricultura y las industrias, especialmente las textiles, para indicar cómo el intervencionismo oficial crea en favor de las últimas, situaciones preferenciales, especialmente después de la vigencia de la ley 62 de 1931.

Pero el adelanto de las industrias de transformación frente al desamparo en que vive la producción primaria, pensamos, no puede servir de pretexto para destruir la obra de quienes han dedicado toda su capacidad batalladora al servicio de la cultura y el progreso nacionales.

El problema de la falta de orientación encaminada a mejorar el estado de la agricultura es apremiante. Es cierto que desde el punto de vista del crédito, termómetro por medio del cual se mide la intensidad de esa ayuda económica, se han cumplido en el país hechos notorios como la fundación de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Apesar de todo, la aludida institución cobra muchas veces intereses del ocho por ciento, incompatibles con la calidad de las funciones que le han sido encomendadas. Y no se diga que el Congreso no está en condiciones de propiciar reformas en tal sentido, ya que basta repasar el informe del Superintendente Bancario, correspondiente al último año de 1941, para entender que sí se pueden lograr bajas hasta de dos puntos, sin que la solidez financiera del instituto vaya a socavarse.

La distribución de cada peso prestado por la Caja Agraria en los últimos dos años se distribuye así:

	1940	1941
Ganado	0.46	0.48

Café	0.27	0.29
Caña	0.03	0.05
Industrias	0.06	0.05
Arroz	0.05	0.04
Trigo	0.03	0.03
Papa	0.05	0.02
Varios	0.05	0.04

Se entiende bajo el término de "crédito bancario comercial" todas aquellas formas de crédito que los bancos comerciales han desarrollado para servir los intereses legítimos del comercio. Sin embargo la aplicación de estas formas no se limita al comercio propiamente dicho, sino que pueden aprovecharse de ellas, en condiciones análogas, la agricultura, la industria, la minería y otros sectores de la economía nacional.

Del estudio de la distribución de los préstamos de los bancos comerciales en 1940 se tiene:

Comercio	72.315.000	Otras industrias	24.821.000
Agricultura	5.849.000	Construcciones	3.388.000
Ganadería	11.184.000	Entidades oficiales	6.708.000
Minería	1.072.000	Varios	7.908.000

La misma proporción anterior subsiste en la actualidad, ya que en el mes de marzo del presente año de 1942 los bancos comerciales verificaron operaciones en la siguiente forma: agricultura: 386.952.29; comercio, 6.840.226.35; industrias, 3.452.601.45; minería, 232.357.00; ganadería, 1.068.228.92; construcciones, 553.380.98; entidades oficiales, 674.934.07; varios, 580.858.39.

La agricultura resulta ser, pues, una de las actividades menos beneficiadas con el crédito bancario comercial.

En cuanto al Banco Agrícola Hipotecario, un reciente informe oficial, dice que en los seis primeros meses de 1941 prestó 1.472.000 pesos, mientras la Caja Agraria en el mismo lapso verificó préstamos equivalentes a 16.127.925, lo que está indicando cómo sí es reducida la gestión económico-social de dicho organismo bancario.

Hacia el año de 1920 los bancos comerciales del país dieron en hacer préstamos de amortización gradual al 12% de interés mensual, con un 6% más al año; es decir con el 18% en total se amortizaban en veinte años capital e intereses. Los pagos se hacían en cédulas del 10%

anual que se vendían en las oficinas de cambio a las personas que querían colocar su dinero sobre hipoteca por conducto bancario, y dichas cédulas tenían un descuento inicial que iba ya en contra del deudor y le llevaba a más del 20% anual la rata de las sumas efectivas que recibía.

Era la época llamada del derroche, creada por los empréstitos norteamericanos. Pero vino la crisis de 1931, nadie pudo cumplir con sus cuotas, se impuso la moratoria, y de ella salió, junto con las rebajas de capital e intereses, la creación del Banco Central Hipotecario.

De acuerdo con el estatuto orgánico el Banco debía orientar sus operaciones hacia los préstamos a la agricultura, una vez superada su primera etapa que era el reajuste de las deudas hipotecarias contraídas durante el período de la inflazón. Como lo ha indicado recientemente un sagaz comentador de los fenómenos económicos del país, esa primera etapa está agotada.

En 1941 el Banco Central Hipotecario verificó préstamos por valor de 55.689.000, distribuidos así: para cancelar deudas a bancos hipotecarios, 12.453.000; para cancelar déudas a bancos comerciales, 10.669.000; para déudas provenientes de edificaciones, 9.925.000; a entidades oficiales, 8.416.000 y para negocios comerciales y agrícolas, 6.012.000. Es decir, que la participación por este último concepto, en relación con la que el Banco otorga a otra clase de actividades, resulta ser la más escasa de todas.

No quiere decir que el progreso de las industrias de transformación frente al desamparo de la producción primaria sea motivo para considerar aquéllas a través de las utilidades, como lo han sugerido algunos comentadores, desconociendo otros factores importantes, y especialmente olvidando que ellas han aportado ingentes beneficios al adelanto nacional.

El Balance consolidado de 648 sociedades anónimas nacionales era en 31 de diciembre de 1940, el siguiente en miles de pesos:

	ACTIVO	ACTIVO
	Producción	Industrias de
	Primaria	Transformación
Efectivo	1.165	11.600
Deudores	4.705	24.280
Circulante	6.799	39.952
Fijo	19.963	135.603
Inversiones	5.777	16.369

Intangible	6.848	5.896
Diferido	576	1.625
Pérdidas	5.277	2.450
Otros Activos	229	1.449
	<hr/>	<hr/>
Totales	51.339	239.224

	PASIVO Producción Primaria	PASIVO Industrias de Transformación
Acreedores	8.578	36.079
Capital Pagado	35.105	126.120
Reservas	3.994	59.023
Utilidades	3.568	17.041
Otros Pasivos	94	961
	<hr/>	<hr/>
Totales	51.339	239.224

Quedan excluidos los renglones correspondientes a Servicios y Otros Servicios sin Clasificar, que no interesan para los fines del presente comentario.

Aun cuando la pérdida que se observa en Producción Primaria se refiere a negocios de petróleo en un 80%, y en un 20% a negocios de minería, no por ello dejan de ser muy notorias las halagüeñas utilidades obtenidas por las industrias de transformación.

Pero a la vez detengámonos a considerar el panorama económico del país y observaremos fácilmente cómo en doce de las más sobresalientes actividades industriales aumentó en 1940 el consumo de materias primas nacionales en relación con el año de 1939, así:

Empresas	Aumento
Artículos de caucho	5.78%
Botones	9.46 "
Carteras y Cinturones	2.03 "
Cepillos	17.89 "
Cigarros y Cigarrillos	5.19 "
Chocolates	27.98 "
Hilados y Tejidos	2.73 "
Licores destilados	17.52 "
Manufacturas Metálicas	14.25 "

Sombreros	355.21 "
Vidrierías y Locerías	3.27 "
Galletas y Confites	12.75 "

Las ventajas de orden social son considerables. Baste saber que el salario medio en 1940 aumentó apreciablemente en relación con el año de 1939, así:

Transportes	0.05
Alimentos	0.40
Bebidas	0.18
Tabaco	0.27
Textiles	0.20
Artefactos de Papel	0.04
Vestido	1.00
Jabones	0.02
Manufacturas Metálicas	0.16
Industrias Químicas	0.40

Desde el punto de vista fiscal no es menos notorio el beneficio, ya que las industrias de transformación pagaron por concepto de impuesto sobre la renta las siguientes cantidades en 1938, 1939 y 1940 respectivamente, en miles de pesos: 2.574, 2.931, 3.696. Y por concepto de impuesto sobre el patrimonio en los años citados en miles de pesos: 1.010, 1.165, y 1.256. El aumento del tributo anual, como se ve, resulta cada vez más considerable.

Ahora bien. La industria textil colombiana, motivo especial de ataques reiterados, tiene y ha tenido en el gobierno un denodado propulsor, y esa colaboración resulta tanto más notoria cuanto mayor es el desdén con que se miran las actividades agrícolas de la nación. Pero las fábricas textiles sólo producen beneficios a los dueños de capitales en ellas invertidos? No. Existen ventajas generales de orden internacional como las que resultan del equilibrio de la balanza de comercio exterior. En productos de industrias textiles se importaron a Colombia \$ 29.988.716 en 1939, y la cantidad en 1940 fue de \$ 16.173.119; se tiene pues un balance favorable de \$ 13.815.597. Ventajas económicas debidas al aumento de consumo de materias primas nacionales. En 1939 se consumieron \$ 2.997.049 y en 1940 el consumo fue:

Algodón	\$ 1.779.351
Almidón	101.934

Hilazas de algodón	344.709
Hilazas de lana	139.170
Hilazas de seda	568.322
Jabón	11.813
Lana	29.819
Productos químicos	34.946
Varios	88.833
Total	3.098.897

Se tiene un aumento del 2.73%.

El valor de la producción fue de \$ 34.773.690 en 1939 y \$ 37.473.259 en 1940, es decir un aumento en favor del último año de 7.76%. En cuanto al valor de las ventas existe aumento en favor de 1940 de 15.98%.

Las ventajas de orden social se traducen en mayor aumento de la renta de los empleados. Las empresas textiles pagaron en 1939 por concepto de sueldos \$ 2.128.941 y \$ 2.269.732 en 1940, es decir un 6.61% de aumento. En cuanto a salarios se tienen las siguientes cifras reveladoras del auge creciente de la ocupación obrera. En 1939 se pagaron salarios por valor de \$ 4.394.326 y en 1940 de \$ 4.686.539, lo que da un 6.65% de aumento para los textiles.

El estudio de los problemas relativos a la agricultura y a las industrias colombianas es complejo. En un ambiente propicio se han desarrollado éstas vertiginosamente, y el crédito ha resultado ser, por lo visto, uno de los factores principales que contribuyen a favorecer ese progreso. Pero aparece temerario enfrentar ambas actividades con el único objeto de mostrar las desventajas de las unas y las prerrogativas de las otras. Quien pretenda descifrar tan graves interrogantes debe tener en cuenta todos los elementos influyentes, sin detenerse a considerar uno solo de ellos.

Julio de 1942.

LA SOBRRREMUNERACION EN DOMINGOS OBLIGA A LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

Para "ESTUDIOS DE DERECHO"

1°.—Constante y persistentemente viene sosteniendo la Gobernación de Antioquia que las entidades públicas tienen el privilegio de exigir y aceptar el trabajo de sus operarios y funcionarios, inclusive en los días feriados, sin la obligación correlativa de sobrerremunerar dicho trabajo o dar por él el correspondiente descanso compensatorio. Como se pretende establecer o sentar con esta tesis que sólo los establecimientos industriales o comerciales, las empresas y las obras nacionales, departamentales o municipales están obligados al pago de la sobrerremuneración o al descanso semanal compensatorio, nos permitiremos hacer algunas consideraciones sobre tan extraña e injurídica interpretación de las leyes sobre la materia.

2°.—En 1926 se expidió la ley 57 "Por la cual se establece el descanso dominical y se dictan otras disposiciones sobre legislación obrera". En su art. 1° declara obligatorio un día de descanso después de 6 días de trabajo o cada seis días, para todo empleado u obrero de un *establecimiento industrial o comercial y sus dependencias*, cualquiera que sea la naturaleza del establecimiento, público o privado. Posteriormente, el art. 1° de la ley 72 de 1931 reformó el art. 1° de la citada ley 57, que en el inciso 1° dice literalmente: "La *persona* que tenga derecho de exigir a otra el concurso de su capacidad profesional o fuerza productiva, no puede exigirle ni aceptarlo en día domingo".

Observándose con detenimiento las disposiciones transcritas, deberá concluirse que la tesis sostenida por la Gobernación no tiene ra-

zón de ser ni apoyarse puede en fundamento sólido alguno, porque mientras la ley 57 determinó expresamente quiénes estaban obligados a conceder el descanso semanal —los establecimientos industriales o comerciales— la ley 72 universalizó la obligatoriedad; se refirió a todas las personas porque el sano espíritu que inspiró al legislador, al reformar la ley 57, fue el de que los trabajadores, en general, disfruten de ese descanso para recuperar las fuerzas perdidas durante el fatigante trabajo de la semana, y nada más justo y equitativo que recompensarlos con el descanso semanal, ora dependan ellos de las entidades públicas, ora del patrón, del comerciante o del empresario, y en el caso de que el servicio público —sea nacional, departamental o municipal— no pueda suspenderse porque la naturaleza misma del servicio exija el funcionamiento en los días feriados, nada más justo, decimos, que se dé al funcionario, al empleado o al obrero el descanso compensatorio o la sobrerremuneración correspondiente.

3°.—En el informe presentado al Senado por la Comisión de Asuntos Sociales se leen los siguientes párrafos:

“La reglamentación legal del descanso cabe perfectamente dentro de nuestras normas constitucionales, por cuanto se trata de materia que se relaciona íntimamente con la *salubridad* y la *moralidad públicas*. En efecto, el organismo humano, según la *ley divina* y la *ley natural*, que es fiel trasunto de aquélla, exigen de consuno el *reposo hebdomadario como una necesidad inherente al hombre para la conservación de la salud*, y en Colombia, país esencialmente católico, la guarda del día de fiesta es cuestión de moralidad pública”.

Y la Comisión de la Cámara dijo al respecto:

“La naturaleza de criterio en la interpretación inconveniente de los textos legales ha hecho necesaria la medida propuesta. Inútil sería el esfuerzo que intentáramos ahora para justificar lo que la *fisiología señala como necesario en la vida humana*. Por sobre toda consideración están la *justicia social* y la *ética*, ya que una y otra exigen amparo para las personas que viven de su esfuerzo”.

Razones de salubridad y moralidad públicas, de reposo, de conservación de la salud, de justicia social y de ética fueron los motivos que tuvo en cuenta el legislador colombiano para reformar la ley 57 de 1926.

4°.—El tratadista mejicano, doctor Mario de la Cueva se expresa del modo siguiente sobre el descanso semanal:

“La institución ha perdido el carácter de religioso que tuvo en otros tiempos y obedece a las mismas razones que justifican la limi-

tación de la jornada del trabajo. Según García Oviedo, son motivos de carácter fisiológico los que la justifican, pues el cuerpo humano necesita periódicamente un descanso para reponer la fatiga que acompaña a todo trabajo; después, razones de orden cultural, ya que el descanso semanal permite al obrero dedicarse una vez a la semana, con mayor intensidad a labores culturales y, en tercer término, razones de carácter familiar, por la mayor posibilidad que proporciona una permanencia en común. La necesidad de fundar una institución ha pasado, en realidad, a un plano secundario, ya que la medida se encuentra aceptada por todas las legislaciones”.

Sobre el mismo asunto dice García Oviedo lo que sigue:

“Pero estas excepciones refiérense a los trabajos, esto es, a los servicios nó al personal. Si son consideraciones físicas, intelectuales y familiares las que justifican el descanso semanal, menester será que de éste participen incluso los trabajadores de servicios que no hayan de cesar en ningún día de la semana, o que no hayan de interrumpirse precisamente en el día que la legislación nacional designa para el reposo general. Un régimen de compensaciones adecuadas satisfará esta necesidad. La ley enunciará el principio, es decir, establecerá el precepto general aplicable también a los operarios de los servicios exceptuados; mas luego serán los organismos paritarios de cada oficio los que procederán a su cumplimiento, mediante una ordenación y distribución conveniente del trabajador en la respectiva profesión. Lo importante es que no haya trabajador alguno, sea cual fuere el oficio a que pertenezca, que quede al margen del precepto de la ley ordenador de un reposo periódico”.

5°.—Con esta pequeña reseña del problema que nos ocupa, veamos en seguida algunas sentencias contradictorias del Tribunal de Antioquia y hagámosles las correspondientes críticas.

En sentencias de 15 de diciembre de 1940, de 5 y de 10 de junio de 1941, el Tribunal sienta doctrina favorable, y con muy buenos argumentos, a la tesis que consideramos fiel interpretación a las leyes sobre el descanso semanal, esto es, condenó al Departamento de Antioquia a pagar indemnización a tres Guardas de las Rentas Departamentales por trabajos prestados en los días feriados. La sentencia de 15 de diciembre fue confirmada por la Corte en sentencia de 5 de junio de 1941. Posteriormente, en sentencia de 15 de octubre de 1941, el Tribunal cambia de doctrina alegando para ello algunas consideraciones que analizaremos a medida que vayamos anotando los fallos contradictorios.

En la sentencia de 10 de junio dice el Tribunal:

"El art. 1° de la ley 57 de 1926 declara obligatorio un día de descanso, domingo, después de 6 días de trabajo, para trabajadores de establecimientos industriales o comerciales y dependencias, ya se trate de establecimientos públicos o privados. El art. 1° de la ley 72 de una manera más amplia determina que "la persona que tenga derecho a exigir de otra el concurso de su capacidad profesional o fuerza productiva, no puede exigirlo ni aceptarlo en día domingo"... Y el art. 5° de la dicha ley 57 añade que el empleado u obrero que trabaje en días de asueto tiene derecho a un descanso compensatorio o a indemnización en dinero, que no será menos que el doble del salario correspondiente".

"Ahora bien: si se examina el contexto de la ley 72, que de manera general se refiere a toda clase de personas naturales o jurídicas, y que veda exigir y aceptar trabajo en día domingo, comprendiendo implícitamente a las entidades oficiales; y si se considera que las Rentas Departamentales pueden clasificarse como de servicio público, es necesario concluir que la interpretación más racional y equitativa de dichas normas es que (sic) a los empleados de rentas debe cubrirseles, por separado del sueldo, la remuneración de los domingos en que presten sus servicios".

De la anterior transcripción se deduce:

1°.—Que el art. 1° de la ley 72 se refiere a las personas, naturales o jurídicas, y por consiguiente, dicho artículo generalizó el descanso semanal.

2°.—Que la interpretación más racional y equitativa de la citada ley es la de que a los empleados públicos, se les debe indemnizar el descanso, cuando presten sus servicios en los días feriados.

3°.—Que la remuneración debe hacerse por separado del sueldo.

A estas conclusiones no tenemos que tachar absolutamente nada, porque ellas se conforman con el criterio que inspiró al legislador colombiano, con la doctrina de los expositores de la materia, con la jurisprudencia de la Corte y con las reglas normativas en materia de hermenéutica.

6°—En la sentencia del 15 de octubre de 1941 en el N° 3°. "PAGO DEL SERVICIO PRESTADO EN LOS DIAS DOMINGOS", empieza reconociendo el tribunal "de suma dificultad y trascendencia la resolución de este asunto, a causa de las oscuridades que ofrecen las leyes, ordenanzas y decretos reglamentarios y porque la decisión que se adopte (ya se había adoptado, aclaramos), puede servir de precedente a miles de empleados que prestan su servicio habitualmente en días comu-

nes y domingos, a cambio de un sueldo mensual pagado por entidades públicas”.

Que la ley es “oscura” y sólo ahora se da cuenta el Tribunal de esta deficiencia. La oscuridad, con perdón del Tribunal, el origen de la dificultad parece encontrarse en la siguiente vista fiscal rendida el 22 de septiembre de 1941 por el Procurador Delegado en lo Civil a la Corte, en cuyo documento se leen los párrafos siguientes:

“Pero en cuanto a los servicios no comprendidos en la prescripción, (se refiere a los domingos trabajados por un empleado del Departamento de Antioquia, aclaramos), *este Despacho tiene una vez más que apartarse de la tesis sustentada por el Tribunal de Medellín y consecuentemente solicitar que el referido fallo sea revocado.*

“La prestación social por trabajo en días domingos y festivos sólo fue establecida por la ley en favor de los empleados u obreros de empresas u obras públicas (aclaramos que no fue propiamente por la ley sino por el art. 3° del Decreto N° 222 de 1932). El precedente sentado por el Tribunal en esta sentencia, de aceptarlo la H. Corte (la Corte ya lo había aceptado), *acarrearía consecuencias funestas* para el Departamento, ya que todos los empleados del tren administrativo que por la índole de sus labores deben trabajar los domingos, tales los Agentes de Policía etc., se crearán con derecho a demandar el reconocimiento de tales días”.

Esta vista fiscal se encarga de dilucidarnos el problema: las “consecuencias funestas para el Departamento”, es decir, las consideraciones de orden fiscal parece que fueron los motivos determinantes para que el Tribunal cambiara de opinión y encontrara “oscuridad” en la ley, no obstante que en anterior fallo reconocía él “que la interpretación más racional y equitativa de dichas normas, es que (sic) a los empleados de rentas debe cubrirseles, por separado del sueldo, la remuneración de los domingos en que presten sus servicios”.

Se dice, pues, que la ley es “oscura y difícil de interpretar”. Supongamos que esto sea cierto. Pero esta deficiencia se puede subsanar interpretándose “los pasajes oscuros del modo que más conforme parezca al espíritu general de la ley y a la equidad natural”; “no se tome en cuenta lo desfavorable de una disposición para restringir su interpretación”. Además, hay un principio general reconocido en Derecho Social: *las dudas se resuelven a favor del trabajador*, y desde luego, si la ley es “oscura”, procédase de conformidad con esta regla y beneficiase al trabajador.

7°.—Continúa la sentencia del Tribunal transcribiendo el conte-

nido del art. 1° de la ley 57/26 y como colorario deduce:

"Ahora bien: si se recapacita en que las Rentas Departamentales no pueden clasificarse como establecimientos industriales o comerciales (nótese bien esta otra contradicción) porque sus características y finalidades son diversas, es preciso concluir que los señores tenientes políticos de dichas Rentas no quedaron favorecidos por el art. 1° transcrito. Esto se confirma observando que, a pesar de tratarse de labores que tales tenientes no pueden interrumpir en días domingos, como la iniciación y perfeccionamiento de sumarios, por contravenciones a las Rentas, etc., no fueron incluidos entre los que pueden laborar en días domingos.

"El art. 7° de la citada ley (57) reglamenta especialmente el descanso dominical, en los trabajos realizados por cuenta de entidades oficiales. Su tenor literal es: "El día de descanso, domingo u otro, en trabajos realizados por cuenta de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, deberá ser remunerado, como también los demás días de fiesta nacionales o religiosas.

"Este ordenamiento ha de tomarse en relación con lo dispuesto en el art. 1° de la misma ley, pues parte de la base de que dichos trabajadores de entidades públicas tengan derecho al día de descanso en los domingos, derecho que sólo se reconoce por el referido artículo a los empleados u obreros de establecimientos industriales o comerciales".

"En este mismo sentido se interpreta tal artículo por el Decreto N° 222 de 1932, que reglamenta el descanso remunerado de los trabajadores de la Nación, Departamento y Municipio".

8°.—Francamente que no entendemos este maremagnum. En el primer párrafo se han sentado premisas falsas o erróneas y es claro que las conclusiones también lo sean, pues no puede perderse de vista que el mismo legislador reformó el art. 1° de la ley 57. De tal suerte que seguir hablando de establecimientos industriales o comerciales, después de 1931, no cuadra bien con la reforma ni con la realidad jurídica del momento. Veamos si podemos armonizar el art. 1° de la ley 57 con el art. 1° de la ley 72 y cuál es la verdadera reforma.

El art. 1° de la ley 57 sólo hacía *obligatorio* el descanso dominical en los *establecimientos industriales o comerciales y sus dependencias*, cualesquiera que fueran la naturaleza de los establecimientos, públicos o privados. Pero esta disposición tal como fue aprobada tenía el grave inconveniente de que no comprendía a otros empleados u obreros que trabajaban en actividades distintas a las industriales o comerciales, y desde luego, éstos podían prestar su concurso profesional o fuerza produc-

tiva en tales días, por cuanto la ley no los cobijaba a ellos. Fue entonces cuando el legislador, en vista del memorial presentado al Congreso Nacional por la Federación Nacional de Empleados, se vio precisado a reformar tal artículo, esto es, extendió este privilegio a todos los obreros o empleados, sin tener en cuenta que se tratara de establecimientos industriales; el legislador sólo tuvo en consideración que *todo trabajador* descansara un día en la semana. De allí que la ley 72, reformatoria de la 57, declare que "la persona que tenga derecho de exigir a otra el concurso de su capacidad profesional o fuerza productiva, no puede exigirlo ni aceptarlo en día domingo"... con las salvedades que el mismo legislador hizo.

Como se ve, el legislador ya no hizo distingos en cuanto al trabajo prestado en los días feriados; él generalizó el descanso para todos los empleados u obreros, sea cual fuere la actividad en que se les ocupara en dichos días. Por eso dijimos que se habían sentado premisas falsas y que desde luego, las conclusiones tenían que adolecer del mismo defecto.

De lo anterior podemos armonizar los dos primeros incisos de la ley 57 y de la ley 72, como sigue:

Declárase obligatorio un día de descanso después de seis días de trabajo o cada seis días, para todo empleado u obrero. La persona que tenga derecho de exigir a otra el concurso de su capacidad profesional o fuerza productiva, no puede exigirlo ni aceptarlo en día domingo.

Esta es la primera reforma a la ley 57; desaparece lo relacionado con los establecimientos industriales o comerciales y sus dependencias, porque éstos quedan incluidos en el inciso 1° del art. 1° de la ley 72. La reforma no consiste, pues, en "si se recapacita en que las Rentas Departamentales no pueden clasificarse como establecimientos industriales o comerciales", porque "si se examina el contexto de la ley 72, que de manera general se refiere a toda clase de personas naturales o jurídicas, y si se considera que las rentas departamentales pueden clasificarse como una dependencia pública, es necesario concluir que la interpretación más racional y equitativa de dichas normas, es que (sic) a los empleados de rentas debe cubrirseles, por separado del sueldo, la remuneración de los domingos en que presten sus servicios". Esta sí es la verdadera interpretación de los preceptos legales, pues la ley 72 de 1931 es clara, terminante y diáfana, en el sentido de hacer universal el campo de aplicación del descanso semanal. Ella no hace acepción de personas ni de clase o condición del trabajador. Por eso no nos explicamos cómo existen aún patrones oficiales y particulares empecinados

en restringir su alcance; y no faltan jueces y tribunales que la interpreten con carácter cicatero y con criterio fiscal. Nuestra Suprema Corte, sí la ha interpretado en toda su amplitud; y ha condenado a las entidades del Derecho Público, a pagar sobrerremuneración, cuando no se ha dado el correspondiente descanso compensatorio, por el trabajo realizado en domingos y demás días feriados, a sus funcionarios, aunque no se trate de un establecimiento industrial o comercial, y aunque el trabajador sea del ramo meramente administrativo.

El alcance que la Corte ha dado al art. 1° de la Ley 72/31 es genuino y justo, en atención al origen de la ley y a la doctrina de los mejores tratadistas europeos y americanos.

Ahora, en el supuesto, supuesto apenas, de que la ley sea oscura, el legislador podría interpretarla con autoridad expidiendo otra al tenor siguiente o por el estilo:

Art.—“El descanso semanal de que trata el art. 1° de la Ley 72 de 1931 y los pertinentes de la Ley 57 de 1926 obliga a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, entidades y corporaciones oficiales o particulares. De él deben gozar todos los trabajadores, cualesquiera sean su condición o calidad; persona, institución, corporación o entidad a que sirvan.

Quedan en esta forma interpretadas las leyes 57 de 1926 y 72 de 1931 en punto al descanso semanal”.

La medida que se recomienda no hace otra cosa que interpretar al verdadero sentido y propósito de la Ley 72 de 1931, por lo cual el Congreso no debe vacilar en adoptarla. Por otra parte, se evita que los falladores interpreten a su amañó las leyes cuando ellas sean diáfanas, para perjudicar a aquellas personas que tuvo en mira el legislador beneficiar con la expedición de las leyes sociales.

9°.—En cuanto al art. 7° de la ley 57, que reglamenta, especialmente, el descanso semanal en todos los trabajos realizados por las entidades de Derecho Público, se trae como argumento el art. 3° del Decreto N° 222 de 1932, el cual hace extensivo la dicha remuneración únicamente a las empresas y a las obras públicas, para deducir, luégo, que “esta disposición no comprende a todos los empleados públicos, sino sólo a los que trabajan en empresas y obras de las dichas entidades, dándole una *razonable interpretación* al art. 7° de la ley 57 de 1926”.

Disentimos por completo de la “razonable interpretación” que el Tribunal da al mencionado texto. El concepto de empresa, como muy claramente lo dice el profesor mejicano, doctor Mario de la Cueva, “es

susceptible de extenderse aún a organizaciones que no persiguen un propósito de lucro, sino de comodidad, de estudio, etc.”

Pero en gracia de discusión, aceptemos que el concepto del tratadista azteca no se conforma con el sentido natural y obvio, según el uso general de esta palabra; mas lo que sí no puede negarse es que en el párrafo a) del art. 1° de la ley 72 se estableció que quedan exceptuados de la prohibición del trabajo del domingo las labores que no sean susceptibles de interrumpirse “*por razones que determinan perjuicio al interés público*” y entre ellas están las que se refieren a los agentes de policía, guardas de las Rentas Departamentales, etc., funcionarios que no podrían negarse a trabajar en los días feriados porque el interés público exige la prestación de sus servicios en tales días; son labores que no pueden interrumpirse por ningún motivo, y como dichos funcionarios están dentro de las excepciones establecidas por la ley, tienen derecho a un descanso semanal compensatorio, o a una indemnización en dinero, a su elección. Y el *ordenamiento* a que se refiere el Tribunal, claro está que no ha de tomarse en relación con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 57 sino en armonía con el art. 1° de la ley 72, puesto que éste generalizó la obligatoriedad del descanso semanal, y una vez reformada la ley 57, no puede seguirse hablando de los mencionados establecimientos industriales o comerciales.

A lo dicho podrá redargüirse que como el parágrafo empieza declarando que “quedan, sin embargo, exceptuados de la prohibición del trabajo del domingo, *de acuerdo con las especificaciones y reglamentos que dicte el Ministerio*” del Ramo, por conducto de la oficina del Trabajo, las labores que no sean susceptibles de interrupción, y que como el Decreto 1.278 de 1931 reglamentario de las leyes 57 y 72, sobre descanso dominical, no exceptuó a los funcionarios del tren administrativo, éstos están obligados a trabajar en los días feriados, sin que las entidades públicas, por su parte, tengan la correlativa obligación de dar por el trabajo prestado en los días feriados la sobrerremuneración del caso, respondemos que no había necesidad de que el Gobierno Nacional hiciera referencias en el decreto reglamentario a dichos funcionarios, porque, como lo hemos dicho, la permanencia del servicio y el interés público exigen de esos funcionarios el trabajo en los días feriados. Lo expuesto se entiende dicho también al argumento que se trae respecto al art. 3° del Decreto 222/32, que reglamenta el descanso remunerado de los trabajos en empresas y obras nacionales, departamentales y municipales. El hecho de que el decreto sólo se refiera a esas actividades, no implica que queden por fuera los

empleados que presten sus servicios a dichas entidades en los días domingos, porque no había necesidad de que el decreto se ocupara de tales empleados, por lo dicho anteriormente, esto es, por el interés público, por la marcha de la administración pública. Ahora, si "*el día de descanso, domingo u otro, en todos los trabajos realizados por cuenta de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, debe ser remunerado, como también los demás días de fiesta nacional o religiosa*", lo justo y lo equitativo es que si se trabaja en ese día de descanso se pague una sobrerremuneración o se dé el correspondiente descanso compensatorio. Además, no puede perderse de vista que la misma ley 72 al decir que quedan "*exceptuados de la prohibición del trabajo del domingo... las labores que no sean susceptibles de interrupciones por razones que determinen perjuicio al interés público*", está incluyendo a los empleados del tren administrativo, pues élla no hace acepción de personas ni de clase o condición del trabajador.

Y aquí podemos decir con la Corte en sentencia de 2 de octubre de 1933: "*No puede afirmarse que la ley al decir que el empleado que trabaje excepcionalmente tiene derecho a un descanso compensatorio o a una indemnización en dinero, quiso excluir a aquellos que habitualmente trabajan en el día de descanso, porque no sólo el texto de la ley misma, sino en su espíritu fue el de que trabajo excepcional, es aquel que se ejecuta en el día feriado cualquiera que sea la causa que origine dicho trabajo, ya porque voluntariamente el obrero o el empleado consientan en ello, o porque por el carácter de la ocupación u oficio tengan necesaria y obligatoriamente que concurrir a ese trabajo, por disposición excepcional de la ley*".

10°.—Enseguida la sentencia, después de transcribir el art. 1° de la ley 72, se expresa como sigue:

"Por la redacción con que empieza este artículo pudiera considerarse que ninguna persona natural o jurídica puede exigir trabajo ni aceptarlo en días domingos; y en tal prohibición quedan las entidades políticas, como personas jurídicas que son.

"Pero esa interpretación es injurídica, pues la parte siguiente del artículo indica que aquella prohibición sólo se refiere a patronos, empresarios, comerciante de establecimientos o empresarios, y porque resultaría absurdo que el Estado, Departamentos o Municipios no pudieran aceptar ni exigir los servicios, en días domingos, a numerosos empleados que son más necesarios precisamente en tales días..."

En el fallo de 10 de junio de 1941 dijo el Tribunal: "Si se examina el contexto de la ley 72, que de manera general se refiere a toda

clase de personas naturales o jurídicas... *veda exigir y aceptar trabajo en día domingo, comprendiendo implícitamente a las entidades oficiales*".

Empezaremos glosando los anteriores párrafos manifestando que nadie discute el derecho que les asiste a las entidades de Derecho público sobre el particular; no puede negarse que ellas no estén autorizadas para aceptar y aún exigir a los empleados sus servicios en los domingos, pues como lo dijimos atrás, la naturaleza del servicio y la permanencia de él exigen a dichos empleados el trabajo en ese día y en los feriados.

Podemos decir que la persona natural o jurídica (Nación, Departamentos o Municipios) que viole el descanso semanal, apenas está obligada a dar el descanso compensatorio o a pagar al empleado u obrero la treintava parte del sueldo y un salario doble del que devengue en día ordinario, respectivamente, pues el inciso 2° de la ley 72 da la clara impresión de que el legislador considera grave la violación del descanso semanal por parte de los patronos, de los comerciantes y de los empresarios cuando los sanciona con multas y con el cierre del establecimiento. A las entidades públicas no se les aplica la prohibición por los fines que persiguen ellas, entre ellos, la prestación de servicios públicos.

Que no se siga, pues, repitiendo infundadamente que por el hecho de referirse la ley 72 al "patrón o comerciante" quiera interpretársela en el sentido de que sólo los establecimientos industriales o comerciales tienen la obligación correlativa de dar el descanso compensatorio o la indemnización, a elección del empleado u obrero, por el trabajo prestado en los domingos. Porque es preciso no confundir conceptos para no caer en lamentables errores. Y decimos esto porque cuando el inciso 2° del art. 1° de la ley 72 se refiere a los patronos, a los comerciantes y a los empresarios, lo hace con el fin de *sancionarlos* si llegaren a violar el descanso. La ley, como es claro, ha exceptuado los casos que no quedan comprendidos en la prohibición, los cuales están indicados en la ley 72, y sería torpe imaginarlo que cuando el legislador sanciona al patrón, al comerciante y al empresario con "una multa hasta de \$ 200.00 por la primera infracción, y en caso de reincidencia, además de la multa con el cierre del establecimiento por un término hasta de un mes", dichas sanciones fueran a hacerse extensivas a la Nación, a los Departamentos y a los Municipios.

11°.—Para reforzar aún más la tesis que se viene defendiendo y para que se vea que sí tiene sólidos fundamentos de justicia y de equi-

dad, apelaremos a este otro argumento: DONDE HAY LA MISMA RAZON DEBE EXISTIR EL MISMO DERECHO.

Las razones del legislador para reformar la ley 72 fueron la salubridad y la moralidad públicas, el reposo (razones fisiológicas), la justicia social, la ética y la conservación de la salud, circunstancias éstas que afectan no sólo al obrero o empleado que trabaja en actividades industriales y comerciales, o en las empresas u obras públicas, sino también al funcionario que presta el concurso de su capacidad profesional a las entidades de Derecho Público, y desde luego, si los patronos, los comerciantes y los empresarios deben sobrerremunerar o dar el descanso compensatorio al que trabaja los domingos, por qué han de quedar exceptuadas las entidades oficiales? No se desgasta lo mismo y necesita de reposo el obrero o empleado que el empleado del tren administrativo? No existen las mismas razones de salubridad y moralidad públicas, de justicia social, de ética y de conservación de la salud para los primeros que para los segundos? Qué razones poderosas hay para que a los empleados u obreros que trabajan los domingos en las empresas u obras públicas de las entidades oficiales se les remunerare el doble del jornal ordinario o la treintava parte del sueldo mensual, respectivamente, y no se concedan los mismos privilegios a los empleados de las dependencias administrativas? Sólo porque el Gobierno Nacional al reglamentar el descanso remunerado lo hizo extensivo exclusivamente a las empresas u obras nacionales, departamentales o municipales? Los trabajadores de empresas u obras públicas no son servidores públicos que están bajo la dependencia de tales entidades, como lo es cualquier otro empleado del orden administrativo? Los primeros están aumentando la riqueza pública, los recursos de esas entidades, construyendo las vías de comunicaciones, los puentes, y en fin, aportando su contingente para que el Estado satisfaga todas aquellas necesidades primarias y secundarias que debe proporcionar al conglomerado social. Los segundos, los funcionarios públicos, están también prestando su colaboración activa para que la administración pública marche, si se quiere, de una manera perfecta a fin de que la colectividad se dedique tranquilamente a crear nuevas fuentes de riquezas, en beneficio del mismo Estado.

No debemos perder de vista que si existen las mismas razones de justicia, de equidad, de salubridad y moralidad públicas, de ética y de conservación de la salud para dar el descanso compensatorio o la sobrerremuneración al empleado u obrero, dichas razones deben amparar, por consiguiente, a los empleados del orden administrativo. No se ha-

gan consideraciones de orden fiscal, pues si el Estado no puede pagar sobrerremuneración a los funcionarios, que les dé el descanso compensatorio y el problema fiscal se habrá resuelto.

12°—Por último, y ya para terminar, nos referimos brevemente al siguiente pasaje de la sentencia de 15 de octubre de 1941, cuyo tenor literal es como sigue:

“Por fortuna este litigio probablemente subirá a la H. Corte en apelación y allá esta suprema entidad, *con la autoridad y sabiduría* que la distinguen, *analizará y definirá* este complejo problema legal, sentando doctrina jurídica de gran trascendencia”.

Hacemos resaltar que en la misma sentencia se había dicho: “*queda establecido* que en nuestra legislación sólo tienen derecho al descanso dominical o a la remuneración correspondiente, por trabajo en días festivos, entre los empleados públicos, aquellos que se ocupan en obras y empresas de la Nación, Departamento o Municipio”. Ahora se nos dice que la Corte, *con la autoridad y sabiduría* que la distinguen, *analizará y definirá* este complejo problema legal, sentando doctrina jurídica de gran trascendencia.

No alcanzamos a comprender el sentido de tales normas, porque si el Tribunal estaba convencido de la sentencia en que absolvía al Departamento, no tenía por qué apelar a la *autoridad y sabiduría* de la Corte para que élla analizara y definiera el complejo problema que le correspondía decidir al Tribunal con un estudio profundo y meditado sobre el asunto. No es serio por parte de los jueces y tribunales estar contradiciéndose todos los días. Los abogados y sus clientes necesitan un pensamiento fijo, una norma constante del Organismo Judicial. No está bien que las corporaciones judiciales, en plazo de meses sostengan dos o tres tesis contradictorias sobre una misma materia jurídica.

Tuvimos la oportunidad de transcribir párrafos de otra sentencia en los cuales el Tribunal, *con la autoridad y la sabiduría que lo distinguen*, analizó y definió, con muy buenas razones jurídicas que no se prestan a dudas, el palpitante problema; y lo cierto fue que la Corte le confirmó el fallo, lo que demuestra que el Tribunal “sentó doctrina jurídica de gran trascendencia”, sin necesidad de apelar a la “*autoridad y sabiduría de la Corte*”. Pero en el fallo que venimos analizando, el Tribunal se acantonó o atrincheró en fórmulas vagas y generales para que la Corte “*analizara y definiera* este complejo problema legal”. No es esta la manera elegante de enfocar los problemas jurídicos de gran trascendencia. El Tribunal debe resolver los problemas, haciendo abstracción de la existencia de la Corte. Por eso consideramos delez-

nable la sentencia de octubre porque no es el producto de un estudio convencido y meditado, como lo demuestra la transcripción hecha; ella es sólo la consecuencia de un estado psicológico, llamado *curiosidad intelectual*. Y está muy bien que el Tribunal se inquiete por los problemas jurídicos, pero es preciso que antes de sentar las doctrinas correspondientes sobre un punto de derecho, medite las consecuencias fatales que puede acarrear el error de un fallo. Resulta demasiado peligroso para la estabilidad jurídica el hecho de fallar en forma indecisa con la esperanza de que los superiores enderecen el error cometido.

13°.—Ahora bien: el argumento que se trae en la sentencia de que la Corte no hizo un “análisis previo del deber de pagar tales días” no tiene fuerza convincente, porque élla, “por aceptación implícita del demandado”, no estaba impedida para hacer un estudio sobre el complejo problema legal y REVOCAR la sentencia del Tribunal si consideraba que la tesis que éste estaba sosteniendo se basaba en fundamentos ilegales o en falsas interpretaciones de los preceptos legales. Y no se diga que la Corte no tuvo en consideración la circunstancia que se anota, pues el Procurador Delegado en lo Civil se apartó de la tesis sustentada por el Tribunal de Antioquia y consecuentemente solicitó que el fallo pronunciado por esta corporación el 15 de diciembre de 1940, fuera REVOCADO por la Corte, y no obstante hecha esta solicitud, élla la confirmó en todas sus partes. Y en la vista fiscal del mismo Procurador del 1° de septiembre de 1941 se leen los siguientes párrafos:

“El Tribunal de Medellín en sentencia de 10 de junio de 1941 condenó al Departamento de Antioquia a pagar al señor... determinada suma de dinero, por concepto de sobrerremuneración por los 37 días festivos que trabajó como guardia de las Rentas Departamentales.

“Llegado el negocio en consulta, pues ni el actor ni el fiscal del Tribunal apelaron, este Despacho solicita que el referido fallo sea revocado, en virtud de las consideraciones que inmediatamente se expresan”.

La Corte, ciertamente revocó el fallo objeto de la consulta, porque el asunto no era de su competencia ni del Tribunal Superior del distrito de Medellín y en ello tuvo sobrada razón porque el art. 1° de la ley 45 de 1939 dispone terminantemente lo que sigue:

“Las controversias que se presenten por razones de la aplicación de las leyes sobre acciones de trabajo, pensiones de jubilación, seguro de vida obligatorio, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cua-

renta y seis (XLVI) del libro segundo (II) de la ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional.

“La jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente”.

Y después de hacer un estudio meditado de la disposición arriba transcrita, la Corte llegó a la siguiente conclusión:

En consecuencia, dada la especialidad y el carácter de excepción del art. 1° de la ley 45 de 1939, respecto a las disposiciones generales del Código Judicial, ha de concluirse que deben conocer los jueces de los negocios a que se refiere, por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas”.

Por lo visto, pues, la Corte no va a poder “analizar y definir este complejo problema legal, sentando doctrinas jurídicas de gran trascendencia”. Qué lástima!

Sería de desear que en el aula máxima de la Universidad se abriera un debate de tan trascendentales consecuencias jurídicas, para que los sostenedores de la tesis que se viene sustentando tengan la ocasión de exponer sus puntos de vista, como también la de los opositores a dicha tesis. Tendríamos, entonces, la oportunidad y el placer de escuchar las razonables exposiciones de ambas partes, y es claro que el Tribunal delegaría a un representante suyo en esta lid intelectual.



TEORIA JURIDICA DE LA DESCENTRALIZACION

Para "ESTUDIOS DE DERECHO"

El Estado, como personificación jurídica de la nación, se puede considerar por dos aspectos distintos, a saber: uno político, en lo que se refiere a la Constitución y al cuerpo legal, y otro administrativo, en cuanto dice relación a la gestión de los servicios públicos; política y administración son, pues, dos conceptos distintos que se complementan y se ejercen por medio del poder público o gobierno y de sus órganos.

Cuando las gestiones políticas y administrativas dependen del poder central, se dice que el Estado es *centralizado*, y que es *descentralizado* cuando esas gestiones corresponden a los funcionarios locales que las ejercen con más o menos autonomía. La descentralización es, pues, una forma de Estado, no una forma de gobierno, y varía según el grado de competencia de los funcionarios locales, desde la forma simplemente descentralizada hasta la forma federal, que no es más que una descentralización en su más amplio grado.

El poder público se divide para el ejercicio de sus funciones en órganos que las ejercen en estrecha colaboración, por sí mismos directamente, o por medio de funcionarios inferiores indirectamente; el ejercicio indirecto de las funciones del poder público por medio de funcionarios inferiores puede revestir varias formas: cuando es por delegación de *competencia* del funcionario superior y a nombre de él, se entiende haber una jerarquía del poder; en este caso es el funcionario superior quien decide en última instancia, ya que esa delegación tiene por lo general un carácter retrovertible; 2° cuando esa *competen-*

cía es propia de la entidad que la ejerce y sólo limitada por el Estado de acuerdo con los intereses nacionales, el Estado es descentralizado, y 3°, cuando dicha *competencia* se extiende hasta la facultad de la entidad descentralizada de darse su propia Constitución y sus propias leyes, sólo con la limitación que le señalan la Constitución y las leyes del Estado, entonces éste es descentralizado en su más amplio grado y se dice que hay federación.

La descentralización puede ser también política o administrativa, según que se refiera a la Constitución y a las leyes del Estado, o sólo a la gestión de los servicios públicos; ambas formas son impuestas por la fuerza misma de los hechos; es arbitrario sostener que se pueda juzgar con una misma norma a grupos raciales distintos, caracterizados por diversos factores que estudia la Sociología y que contribuyen a formar un alma regional distinta en cada grupo, y es utópico suponer siquiera, la existencia de una extensión territorial más o menos grande poblada por elementos humanos homogéneos desde todo punto de vista, dotados de idénticos caracteres, temperamento, formas de actividad, costumbres, sentimientos religiosos, éticos, estéticos, etc., y de iguales necesidades y medios para satisfacerlas. Cada nación es un tablero de ajedrez en cuyas casillas se juega un papel distinto por elementos distintos también, pero cuyas funciones se complementan mediante una sabia coordinación y a veces también mediante la imposición forzosa necesaria para la realización del fin común del Estado.

Pero, cabe preguntar, dónde reside el fundamento jurídico de la competencia del Estado y de las personas jurídicas de derecho público intra-estatal? Preciso es ir al fondo mismo de la cuestión, para poder hacer un análisis completo de la persona jurídica de derecho público, de los diversos elementos que la integran y de los caracteres que le dan esa personalidad.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO

Elementos esenciales que caracterizan el Estado son: el *pueblo*, el *territorio* y la *soberanía*. Los dos primeros, elementos materiales del Estado, constituyen lo que se llama la *nación*, la cual puede definirse como una comunidad de individuos radicados dentro de determinado territorio.

Por pueblo debe entenderse una comunidad de individuos vinculados entre sí por caracteres afines de raza, religión, lengua, tradiciones, costumbres etc., que lo diferencian de otras comunidades.

También el elemento territorio está influido por innumerables factores: medio físico, situación, altura, clima, presión, fertilidad del suelo etc., que contribuye a diferenciar el elemento humano que se agrupa en su superficie.

La nación, así formada por estos dos elementos materiales, no tiene personería jurídica, no es sujeto de derecho, por lo mismo que carece de un atributo esencial, abstracto, que es la *soberanía* y de un guía o director, elemento también necesario a toda persona jurídica, que es el *poder público*. Ejemplo clásico de nación, así entendido este concepto, es la polaca, antes de la guerra de 1914.

LA SOBERANÍA ES UN PRODUCTO HISTÓRICO

Superanus en latín vulgar significa lo más elevado, lo más alto, un poder independiente. La soberanía es el producto histórico de una lucha entre el poder civil y otros poderes como el religioso, el feudal y posteriormente el monárquico. Triunfante el jefe civil del poder religioso, tomó para sí el atributo de la soberanía y el Estado llegó a confundirse con el monarca; éste era quien se hacía representar ante los otros soberanos, y fue entonces cuando tuvieron lugar las uniones personales, famosas algunas de ellas como la de España y Alemania en tiempo de Carlos V.

En la Revolución Francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se revaluó por completo este concepto de la soberanía personal y se consideró como titular exclusivo de ella a la nación, de la que emana el poder público que es el delegatario de esa soberanía la cual es ejercida por medio de sus órganos.

Jellinek fue quien primero distinguió los conceptos soberanía y Estado, dándole a aquélla el carácter de atributo esencial del éste y definiéndola como "el carácter de un poder político, en virtud del cual este poder goza de la capacidad de decidirse y de ligarse a sí mismo desde el punto de vista del derecho"; confundió como se ve el Estado con el poder político, tomando el todo por la parte.

Es necesario, ante todo, distinguir el concepto soberanía, desde el punto de vista externo e interior. En el primer sentido la soberanía no es otra cosa que el atributo jurídico que caracteriza a la persona jurídica como un sujeto con derechos y deberes frente a otras personas jurídicas de similar constitución. Interiormente ese atributo se manifiesta por el poder que la persona jurídica tiene para realizar el derecho, lo cual consigue por medio de la Constitución y de las leyes que

definen sus derechos y deberes frente a sí misma y a las personas físicas que la componen, y los derechos y deberes de esas personas físicas entre sí y con la persona jurídica en general, señalando las esferas respectivas de actividad.

Interiormente la soberanía es, pues, el poder de decisión en última instancia, "la competencia de la competencia" según la doctrina alemana, que tiene la persona jurídica. Pero ese poder no es absoluto; habiendo nacido de la sociedad, debe tener por fin la realización de la armonía social, y esa finalidad constituye su principal limitación; expresión primera de la soberanía son los tres elementos del poder público: la constitución, la ley y un poder ejecutivo independiente; para que una persona jurídica sea soberana debe tener estos tres elementos con exclusión de toda idea de sumisión a otro poder extraño cualquiera.

DONDE RESIDE LA SOBERANIA?

De acuerdo con la definición etimológica y con el sentido histórico del concepto *soberanía*, entendiéndolo por ésta la máxima competencia, el sumo poder de una persona jurídica para decidir en última instancia sobre las situaciones de hecho y los problemas de derecho que nacen de esas situaciones, cabe preguntar: de dónde emana esa "competencia de la competencia", ese poder supremo? El derecho de una persona natural termina donde empieza el derecho de otra; al hecho de la asociación de los individuos se suma el derecho; la armonía social exige la limitación de los derechos individuales en todo lo que pugna con esa armonía; el individuo subordina parte de sus derechos a los derechos de la sociedad, y su voluntad se ve supeditada por la voluntad social, expresada en el poder público de la comunidad.

Dondequiera que hay una comunidad de individuos y una voluntad social representada en el poder público que emana de esa comunidad, hay, pues, soberanía?

Se plantea así uno de los problemas más arduos del derecho público, que podemos resolver sin apartarnos de la definición del concepto; dondequiera que hay un poder no subordinado a otro, hay soberanía; es la idea de subordinación o no subordinación la que caracteriza el atributo de soberano o no soberano.

A la Sociología ha correspondido el estudio de la formación de las comunidades humanas; movido por el instinto de sociabilidad el hombre ha tenido que agruparse en instituciones cada vez mas amplias, cu-

ya armonía hace suponer naturalmente una subordinación de inferior a superior desde el origen mismo de esas instituciones.

Lo más natural es suponer que el Estado se ha formado mediante un proceso de integración del individuo en la familia, de las familias afines en la tribu, de la tribu en la ciudad, de la ciudad en la provincia y de la provincia en el estado; paralela a esta evolución debió marchar la del orden jurídico, mediante un proceso de subordinación del orden inferior al superior, desde el de la familia hasta llegar a la actual complejidad jurídica del Estado moderno.

Aceptadas estas premisas se llega a la lógica conclusión de que la soberanía reside en la comunidad más amplia, en aquella que comprende a las comunidades inferiores, y es ejercida por el poder público que emana de esa comunidad. Y una comunidad inferior que antes era soberana, ha dejado de serlo al entrar a formar parte de la comunidad superior? Lógicamente sí; el poder de decisión en última instancia que poseía ha tenido por fuerza de la lógica, qué ser otorgado a la comunidad superior.

Pero cabe aquí otra distinción entre soberanía y autonomía: una comunidad inferior que así ha subordinado su poder de decisión en última instancia a la comunidad de orden superior, ha conservado sin embargo una mayor o menor autonomía de su poder, según sea la entidad superior de que hace parte más o menos descentralizada; es decir, el concepto de autonomía es relativo a algo superior, subordinado, mientras que el de soberanía es absoluto.

En la confusión de estos dos conceptos ha estribado el error de varios tratadistas de derecho, quienes para conservar el nombre de estados a las entidades miembros de un Estado federal, distinguieron entre soberanía absoluta y soberanía relativa, y diferenciaron el Estado de las personas jurídicas de orden inferior, sólo desde un punto de vista cuantitativo, es decir, en cuanto a la suma de la competencia respectiva de cada entidad de acuerdo con su finalidad.

Las personas jurídicas intra-estatales de derecho público, dicen, tienen una finalidad local, la realización del derecho del grupo, dentro de una esfera de actividades que les es propia y están dotadas de un poder soberano (autónomo diríamos nosotros) en la medida de esa finalidad. El Estado en cambio, continúan, tiene finalidades nacionales y está dotado de una competencia cuantitativamente superior, en la medida también de esas finalidades. La teoría de la finalidad, sentada por los autores alemanes principalmente, tiene su fundamento lógico y real; pero no puede servir en manera alguna para diferenciar jurídicamen-

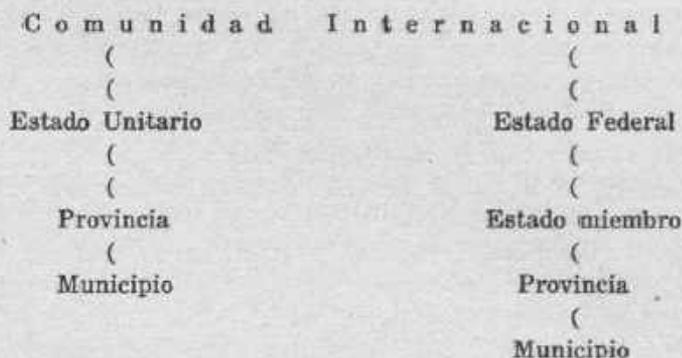
te el Estado de las personas jurídicas de orden inferior.

Más lógico es Labaud que sienta como base de la soberanía el derecho de mando y hace la siguiente distinción: el derecho de mando *jure proprio* corresponde al Estado y el derecho de mando *jure delegato*, a las personas jurídicas intra-estatales inferiores. Pero, de dónde extrae el Estado ese *jure proprio*? La teoría de la evolución del orden jurídico por un proceso de integración, lo explica suficientemente. Pero esta teoría sólo explica el fundamento de la soberanía en el Estado unitario, y ni aún en éste, extremando un poco la cuestión; está admitido, dentro del sistema democrático, que la soberanía reside en la nación, y que el poder público la ejerce por delegación que tiene carácter retrovertible; en los Estados Federales son los Estados miembros los que delegan al poder central ese "jure proprio", cuyo fundamento está contradicho por este pleonasma que lo expresa. Cómo puede ser *proprio* un derecho *delegado* por personas inferiores en una superior? O es que ese derecho, una vez en la persona del Estado no tiene limitación, ni puede cambiar de titular? Los hechos demuestran una sola realidad: que el poder público es siempre el titular del derecho de mando (o derecho público) y que ese derecho está limitado por la finalidad misma, que es la realización de la armonía social.

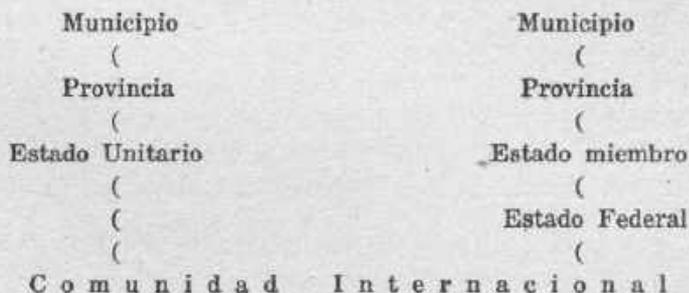
Delegado o nó, el poder de mando, está separado en órganos que se subdividen y lo ejercen cada uno en su esfera de finalidad; es imposible suponer siquiera la existencia de un Estado en que todas las funciones del poder estén en manos de un poder central. La complejidad misma del orden jurídico moderno y de los problemas administrativos de un Estado, y la técnica de la división del trabajo, exigen la separación del poder en diversos órganos y el ejercicio del mismo por funcionarios de distintas categorías.

Si el Estado moderno se ha formado por la reunión, voluntaria o forzosa de las comunidades inferiores, es indudable que estas comunidades han conservado alguna suma de poder que ejercen con más o menos autonomía de acuerdo con su finalidad y con el grado de descentralización de la entidad soberana. Todos los Estados tienen divisiones territoriales más o menos complejas para el ejercicio del poder, conservando para sí el atributo de la soberanía o máximo poder o "competencia de competencia". De acuerdo con las teorías de Kelsen, el mundo jurídico está integrado por órdenes jurídicos que se superponen, y cada uno de estos órdenes extrae su validez del orden superior y la otorgan a su vez al orden inmediatamente inferior; parte, pues, el famoso tratadista del Estado jurídicamente constituido por obra y gracia de

su poder, para derivar de él, por deducción, las comunidades jurídicas inferiores, según el siguiente esquema que parte de la Comunidad Internacional como única entidad soberana:



Pero de acuerdo con la teoría que hemos expuesto de la formación del Estado por integración, más bien que por desintegración, porque la primera forma parece estar más acorde con la naturaleza de los hechos, el esquema de Kelsen puede invertirse en la siguiente forma:



Esto admitido, nos es posible suponer que las comunidades inferiores, que han contribuido así a la formación del Estado, han conservado su autonomía más o menos restringida por el Estado, en el cual han delegado la soberanía.

TERRITORIALIDAD DE LAS LEYES DEL ESTADO

Cabe aquí hacer una distinción entre el Estado políticamente centralizado y el descentralizado o Estado Federal: en el primero existe

un solo cuerpo legislativo, que expide normas generales aplicables en todo el territorio de la nación; existe una sola Constitución que señala la pauta de la legislación, y una jerarquía de funcionarios en el orden político, que ejercen el poder de una manera uniforme. En el Estado descentralizado políticamente, por el contrario, hay dos especies de Constituciones, de cuerpos legislativos y de órganos ejecutivos: una especie corresponde al Estado Central y sus normas generales tienen aplicabilidad, como en los unitarios, en todo el territorio; la otra corresponde a los Estados miembros, y sus normas no pueden pugnar con las normas generales, ni sus sistemas de gobierno apartarse del sistema general; dichas normas sólo son aplicables dentro de los límites del respectivo Estado para el cual fueron expedidas, y son derogables por el órgano legislativo federal.

Qué diferencia existe, pues, desde este punto de vista entre el Estado Unitario descentralizado y el Estado Federal? Las leyes son tan generales en el primero como en el segundo; la soberanía corresponde en ambos al Estado y es ejercida por el poder central, y en ambos existen divisiones territoriales al frente de cuyos destinos hay mandatarios seccionales que ejercen el poder con más o menos autonomía; ambos son, pues, estados descentralizados. La diferencia estriba en el grado de autonomía de las entidades intra-estatales seccionales: en los Estados Federales esas entidades seccionales tienen el grado máximo de autonomía que alcanza hasta permitirles elaborar su propia Constitución y sus propias leyes, limitada sin embargo a la esfera que les señala la Constitución y las Leyes del Estado; en los unitarios no existe esa autonomía para las divisiones territoriales, pero también a éstas se les reconoce una esfera de competencia en razón de su finalidad.

LOS SERVICIOS PUBLICOS

Se entiende por servicio público todo el que se presta a una comunidad, bien sea por una persona de derecho privado o por el Estado. Las modernas doctrinas del derecho propugnan la estatización de todos los servicios públicos, lo cual puede hacer el Estado de dos maneras: prestándolos directamente, o bien, valiéndose de los particulares por el sistema de concesiones a empresas privadas que son inspeccionadas por el Estado; en este segundo caso hay descentralización por servicios o descentralización social, que reviste variadas modalidades de acuerdo con el grado de intervención del Estado en la prestación de los servicios.

Cuando el Estado mismo presta los servicios públicos por medio de sus funcionarios seccionales, hay descentralización administrativa, que varía también en razón del grado de intervención del poder central, de acuerdo, generalmente con la magnitud del servicio y con el grado de su importancia.

LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA

“Si se puede gobernar de lejos, no se puede administrar sino de cerca”, dice Pareja quien analiza este concepto en la siguiente forma: las ideas tienen fácil vehículo y múltiples medios de divulgación; una ley, un reglamento, pueden ser conocidos de uno a otro extremo de un país, hoy más que nunca, con las nuevas facilidades de comunicación entre las más apartadas regiones. La gestión de un negocio, en cambio, sólo puede hacerse en vista de las necesidades; en la administración casi todo es tangible y material; “para construir un puente, no basta que el Ministro de obras reciba por correo los requisitos”; es necesario trazar los planos, comprar los materiales, buscar obreros, etc., obedeciendo en todo a la ley del rendimiento máximo con el mínimo de costo.

Los problemas administrativos obedecen a una necesidad imperiosa casi siempre, cuya solución exige rapidez; los servicios públicos requieren para su prestación un plazo limitado que no es necesario para la elaboración de una ley o de una Constitución, en la cual el factor tiempo juega un importante papel para el efecto de las discusiones y de los estudios más o menos concienzudos de las conveniencias o inconveniencias de la norma que se va a expedir; un servicio público en cambio, la reparación de un acueducto por ejemplo, es una necesidad inmediata que requiere una rápida solución, que no podría darle un funcionario central cuyas oficinas estarían atestadas de problemas de diversa índole.

Además, los habitantes de cada región tienen caracteres diversos que les son peculiares; en la diferenciación de los pequeños conglomerados provinciales influyen múltiples factores de diversa índole, tales como el medio geográfico, el género de alimentación, necesidades, costumbres, tradiciones, caracteres étnicos, que hacen de ellos grupos especiales caracterizados por sus maneras de sentir, de pensar, de reaccionar ante la vida, de expresarse, de divertirse y hasta de morir; esto explica que el regionalismo sea una doctrina y una práctica naturales impuestas por la realidad de los hechos. Esos pequeños conglomerados

sociales que forman el municipio y el departamento, quieren verse gobernados por sus coterráneos que les son perfectamente conocidos, en quienes tienen depositada toda su confianza porque conocen mejor sus necesidades comunes, porque usan su mismo lenguaje sencillo, porque están en contacto más directo con ellos, porque saben cómo deben tratarlos y los entienden mejor.

Dejar a funcionarios provinciales la gestión de los servicios públicos, es la mejor manera de hacer llegar hasta los más remotos lugares de una nación la acción benéfica del Estado; es el único medio de hacer sentir a todos los miembros de una gran sociedad que hay un poder público cuyo fin no es explotar al pueblo y esclavizarlo, sino velar por sus intereses, defenderlo de los males internos y exteriores y procurar el bienestar de todos. Es un deber del mismo Estado fomentar el *regionalismo* estableciendo entre las provincias y los municipios cierto espíritu de emulación, y concediéndoles los medios para realizar en el más amplio grado posible, todas sus finalidades locales, restringiéndolo sin embargo con un prudente *centralismo*, que no ha de ir más allá de lo estrictamente necesario para la realización de las finalidades nacionales, que pertenecen a la esfera general de su competencia.

Pero a una prudente descentralización administrativa debe corresponder una no menos prudente descentralización fiscal; si se deja a los municipios la gestión de los servicios públicos, necesario es dotarlos de los medios para la prestación de esos servicios. Características de la descentralización son: 1° que la entidad descentralizada tenga un poder de decisión en la medida de sus finalidades locales; 2° un cuerpo deliberante que atienda a la realización de esas finalidades, y 3° un presupuesto propio para la prestación de los servicios.

Medellín 29 VI 42



CONSIDERACIONES RACIALES ACERCA DEL CHOCO

Noción de raza

Me propongo unos breves apuntes acerca de la raza chocoana, la descripción de los tipos raciales que habitan ese terruño ignorado, lo que es y lo que vale la colectividad étnica que a través de nuestras edades históricas ha venido individualizándose en ese girón tropical, reclinado confiadamente sobre las olas pacíficas de un océano tranquilo que le sirve de límites.

Pero antes de entrar de lleno en las consideraciones que persigo hacer, se impone precisar mi noción de raza, definir lo que entiendo por tal.

Cuando se habla de razas se parte como base fundamental de la existencia de tres grupos principales: melánicos, amarillos y blancos, como si se tratara de definir el concepto por los rasgos externos de la varia coloración de la piel. Parece dárselo con esto, se me antoja, un valor esencial a este elemento pigmentario en el contenido de la noción de raza.

Pero, este solo rasgo, este solo carácter por básico y fundamental que sea, fácilmente observable y a la vez un tanto susceptible de modificación al influjo de accidentes climáticos, si integra de manera absoluta, si define por sí solo la idea de raza?

Paréceme ciertamente que no. El concepto de raza hace relación a una variedad de caracteres biológicos, antropológicos, psíquicos y físicos de mayor valor específico, de mayor eficacia discriminadora; estables, permanentes, repetidos invariablemente por herencia, fijando así una semejanza inconfundible entre los individuos en que confluyen y se agrupan. Similitud en los tipos y en los grupos que hacinan

la misma diversidad de caracteres y que los hace claramente diferenciables de otros tipos y otros grupos: conformación anatómica peculiar, armazón psíquica propia y semejante, caracteres fisonómicos específicos, he aquí los elementos cuya armoniosa realización en un más o menos extenso grupo de individuos, los caracteriza y define como unidad étnica diferenciada. Antropología, psicología, biología, son, pues, auxiliares imprescindibles de la etnología.

Difficil es actualmente individualizar un grupo así uniforme, que pueda acusar pureza étnica indiscutible. Por eso hoy se habla sólo de razas históricas, productos de un convivir en el tiempo y en el espacio de comunidades humanas más o menos grandes, unificadas por sentimientos, aspiraciones e ideales idénticos, por los azares de las conquistas y los impulsos expansivos que en ellas surgen temporalmente, por los fracasos y éxitos, por las grandezas y decadencias, en fin, por los altibajos vividos colectivamente; de razas artificiales nacidas al influjo de fuerzas externas.

“Cualquiera raza, dice Le Bon, que se considere hoy, sea o no homogénea, por el hecho de ser civilizada y ocupar desde tiempo ha un lugar en la historia, es necesario considerarla como una raza artificial, y no como una raza natural. Razas naturales no se hallan hoy, sino entre los pueblos salvajes. Sólo entre éstos se pueden hallar pueblos exentos de mezclas. La mayor parte de las razas civilizadas son razas históricas”.

Ahora bien: Cuál es el valor intrínseco de cada una de las tres grandes extensiones raciales: blanca, amarilla, negra?

En este punto del análisis se presenta un problema insoluble. Dos apreciaciones antagónicas se mezclan irreductiblemente, imposibilitando la clarificación de la cuestión, ahogando el análisis en discusiones bizantinas: una apreciación inconsistente por su carácter meramente sentimental; la otra de alguna validez, si no científica, al menos experimental. Así, con una altivez que enturbia el juicio, con orgullo irreductible que resta a su lucubración el elemento esencial, la imparcialidad, para que el esfuerzo científico se traduzca en labor realmente creadora, el conde de Gobineau, con gesto autoritario postula la superioridad del elemento blanco, y dentro de él, particulariza selectivamente al grupo ario.

Es posible que su tesis entrañe un fondo de verdad; pero no por ello hay que aceptarla como principio absoluto, incontrovertible, inexorable a toda crítica.

No es posible compartir en su integridad tesis que sienten como

postulado absoluto e irrefutable la existencia de razas privilegiadas, de razas providenciales.

La noción perfilada antes y que aclara mi idea de raza, evidencia la imposibilidad de admitir una igualdad racial en sentido biológico, antropológico, psíquico y físico, como que ya he establecido la función específicamente diferenciadora de estos elementos. Lógicamente, la des semejanza de esos caracteres, existentes entre raza y raza, lleva a la conclusión de una disparidad en el valor intrínseco de los grupos étnicos entre sí. Por consiguiente, sus aptitudes y facultades no podrían, excepcionalmente, contradecir esta visible discriminación, con una desigualdad insubsistente en este aspecto. Pero esta inequivalencia de aptitudes y facultades, estas modalidades distintas que adoptan en su expresión, no entraña necesariamente su inexistencia en determinadas unidades étnicas, en ciertos grupos raciales.

Que existen razas, representadas en núcleos más densos de élites, de mayor potencia creadora, de más fértil entraña genitora, que han vertido más copiosamente al cauce del progreso humano vitalizadas corrientes de mentores insignes, de guías geniales en todos los órdenes de la actividad humana y que estas razas se hallan dentro del elemento blanco, es un hecho cierto, indiscutible.

Pero también lo es, que, cuando esos pueblos comenzaban apenas, muy entradas ya las edades históricas, a crear su hoy llamada civilización occidental, ya en las tierras ignotas y misteriosas de oriente, florecía una cultura de la que apenas se tiene hoy un conocimiento borroso, y que era el reflejo de las concepciones fatalistas de los grandes filósofos y pensadores orientales de raza amarilla; y que la radiante civilización que germinó a orillas del Nilo, esa civilización egipcia —para no citar sino el ejemplo más grandioso— esa civilización egipcia que amamantó las culturas griega y romana, progenitoras de la civilización occidental de que hoy hacen gala los pueblos arios, esa civilización que alumbró los albores de la humanidad, producto fecundo era de la raza negra, de esa misma raza que hoy proscribiera Gobineau al establecer con enfático orgullo una severa desigualdad racial, y al afirmar, respecto a las variedades melánicas una impotencia eterna, al señalarles con antelación un estado de inferioridad insuperable como destino trágico emanante de su esencia étnica.

Estos ejemplos bastarían por sí solos a restar su valor absoluto a las tesis gobinistas, demasiado irrestrictas.

Pero atrás he hecho referencia a un fondo de verdad que ellas entrañan, a una base experimental, que halla su razón de ser en el

estado primitivo, cuando no salvaje, de gran parte de las sociedades africanas; en el estado estacionario, por no decir regresivo, y en la marcada decadencia de las que antaño fueron brillantes civilizaciones orientales.

Aún considerando las influencias que sobre ellas pueden ejercer los medios, queda, no obstante, un residuo atribuible a la raza. Atemperados sus principios, sin propósitos demasiado ambiciosos, sin aspiraciones desmedidas, tienen un cierto valor científico que no permite rechazarlos caprichosamente.

El valor específico de las razas no hay que descartarlo de entre los factores explicativos del progreso y desenvolvimiento de los pueblos. Yo alcanzo a ver precisamente en él una de las causas del atraso del Chocó.

LOS GRUPOS RACIALES DEL CHOCO

El tipo Chocoano.—Qué se observa en efecto en el Chocó, desde el punto de vista étnico?

En primer lugar es erróneo hablar en el Chocó de raza negra, identificable por sus rasgos marcados de coloración de la piel y pilosa, talla, índices facial, cefálico y nasal, forma del cabello, etc. Cuando más es aceptable referirse a un tipo chocoano, de caracteres melánicos marcados y en vía apenas de precisarse y definirse bajo la acción de condiciones mesológicas especiales, de usos y costumbres peculiares, de modos de vivir propios.

Aquí los grupos no escaparon a la ley de universalismo fatal de la fusión de razas. La puridad negra se va diluyendo día a día, extinguiéndose casi en un caos étnico.

La concurrencia en el territorio chocoano de innúmeros y discriminados tipos raciales de toda procedencia, al auspicio de un cálido ambiente tropical de incitante lujuria, ha determinado una amalgama inconsistente, sin filiación étnica precisa. Blancos, negros, amarillos, indios, zambos, mulatos, mestizos y cientos de elementos más en mezcla caótica, dificultan la determinación del verdadero territorio étnico del tipo que prospera en el suelo chocoano. El negro puro no cuenta casi como unidad diferenciada, identificable antropológicamente, fácilmente aislable de ese turbión angustioso de cosmopolitismo racial.

Desde el momento mismo en que por obra de las grandes *razzias* fue arrancado el negro a su continente de origen como materia prima, como mercancía fundamental en el comercio de ébano, empezó a fundir

sus caracteres específicos de grupo en una mezcla presagiosa de transformaciones más sustanciales.

Negros procedentes de las regiones intertropicales de la costa occidental de Africa, —Nigeria, Angola, El Congo, etc.— y en menor escala esclavos traídos del oriente africano —Somalia, Mozambique, etc.— se unían sexualmente generando nuevos tipos negros, ya con débiles modificaciones sintomáticas.

Establecidos definitivamente en la región que les señaló su trágico destino, la negra, de ágiles contornos, con el lúbrico hechizo de sus caderas apretadas y fuertes, desenfrenó los ímpetus violentos del amo, que transformados instantes después en espasmódicas contracciones, realizaron el milagro de una nueva semilla germinante en las entrañas fecundas de la esclava.

Así ocurrió en los días oscuros de despotismo patronal; y hoy, la misma mezcla, idéntica amalgama, se opera por procedimientos menos brutales, impositivos y arbitrarios, con nuevos elementos, en uniones que llevan la sanción moral, la de la ley y la de las costumbres.

De este modo han ido desapareciendo los caracteres primigenios de los tipos raciales en contacto. Al influjo, al choque de herencias distintas, se han ido disociando sus rasgos primeros, cediendo cada uno de sí con ademanes transigentes.

Va quedando sólo una huella pálida y borrosa, apenas precisable, de lo que fueron el indio, el negro y el blanco como individualidades etnológicas diferenciadas, en la esencia inasible del tipo chocono que se forma.

El indio.—Moviéndose en el mismo espacio con este núcleo denso existen débiles islotes de indios reacios, inmodificados e inmodificables en su estructura racial primera, indiferentes, extraños, sumidos en apatía profunda, desconectados de la actividad y del comercio humano del terruño.

No cuentan como unidades operantes, como agentes propulsores de modificación y cambio. Retirados en sus bohíos —cuatro o seis pilotes hundidos en tierra, completados arriba con una techumbre pajiza y desabrigados, descubiertos por sus partes laterales— forman agrupaciones de limitada extensión y de miserable aspecto, enclavadas en las orillas de los ríos o en las pequeñas claridades perdidas en las fragosidades del monte.

Sus reducidos caseríos están caracterizados por su situación a distancia de los lugares en que se respira vida urbana. Sugieren la idea de fuga incansable del indio, provocada talvez por el temor a los hom-

bres civilizados. Quizás memoren la tradición que les legaron sus mayores, amuleto invisible de eficacia protectora.

Quizás recuerden el relato sombrío hecho en su dialecto intraducible, al calor de la lumbre fatigada y titilante, a lo largo del cual vieron representados sobre el lienzo insustancial del espacio, a los hombres de poblada barba, de pálido rostro, de altivo penacho, de armadura reluciente y espada relumbrante, que con furor y brutalidad inauditos les arrebataron sus sementeras y sus tesoros. Y busca su protección fuera del comercio de ellos, en la vida apacible y quieta del monte, en la plática idolátrica con sus dioses paganos, en la ignorancia total de todo lo que le circuye.

Cuando accidentalmente tropieza con hombres distintos a los de su raza, como ocurre con frecuencia en los mercados sabatinos, se siente intranquilo, inseguro, en un ambiente opresor que lo acobarda e inferioriza. Por eso, cuando una vez terminado el bullicio mercantil, echa su frágil piragua al azar de la corriente en pos de su tambo (bohío) destartalado, sus ojos brillan con regocijadas claridades, porque de nuevo se halla en la tranquila soledad que ilusiona su espíritu.

El tipo chocono que se constituye hoy, no se nutre ya, pues, con la roja savia de la sangre indiana. Su aporte se extinguió con los caprichos impositivos del amo.

Apenas el indio dejó de sentir en sus espaldas el azote del señor, desapareció su raza como manantial de perenne fluir al cauce milagroso en que se opera el surgimiento del nuevo tipo,

Con él se le restaron la astucia y arteria, el gesto socarrón, el procedimiento hipócrita, emponzoñado y traicionero, características dominantes suyas. Hoy la india no se entrega al negro, ni al blanco, ni a ningún elemento distinto al propio indio; y a su vez, para éste no existe comercio carnal sino con su india, que con incomparable agilidad oculta sus pudores con los ruidos harapos que porta sobre sus carnes cobrizas.

El blanco.—También existe un tipo blanco, el inmigrante que se desplazó de su lar nativo, asfixiado por la pesantez de la atmósfera que respiraba en su terruño natal.

El inmigrante que llega así de Siria, principalmente, y de las regiones más densamente pobladas del interior del país en donde la vida se le hace imposible, en busca de riquezas a esa región de "El Dorado" de nuestra leyenda épica, no porta escrúpulos raciales. Quizás sí, pero una razón de conveniencia le impele a sobreponerse a sus prejuicios activos. *Mezcla su sangre en demagógica convivencia con los elementos*

mestizos, menos distanciados de él desde el punto de vista de la coloración de la piel, engendrando así un nuevo elemento, el llamado tipo blanco, origen de la escisión en castas de la colectividad chocoana.

Este es el fundamento mismo de las pugnas sociales, causa única del arduo problema racial que repercute directamente en la esfera política y el mayor obstáculo para el desenvolvimiento y prosperidad de la tierra.

El negro.—Y por fin milita un tercer elemento, los reducidos islotes de negros puros, un mínimo porcentaje que día a día va abajándose más y más.

Este negro no es un elemento del todo ajeno, indiferente, apático, como el indio. No sustrae completamente su actividad, por lo demás de pequeños alcances creadores, al ritmo lento del progreso de la tierra. Labora en pequeña escala el suelo, despulpa el subsuelo por métodos rudimentarios para asegurar el sustento y se resigna a su vida de rutina sin vislumbres de evolución y cambio.

EL TIPO CHOCOANO Y EL FUTURO DEL CHOCO

Descrito así el panorama étnico que anima y vivifica de humanidad la monotonía del paisaje comarcano, resta sólo hacer la valoración del núcleo poblador más denso numéricamente, más importante desde el punto de vista del porvenir de la tierra: del que se ha llamado chocoano, embrión surgente, germen nuevo resultante del injerto racial.

En abigarrada y artificiosa síntesis resume él una pluralidad de elementos étnicos discrepantes: el indígena, en las vagas porciones que con brutal violencia le arrebató el conquistador; el blanco, en los aportes ínfimos del reducido grupo ibérico que se estabilizó en lejanos tiempos en sus fundaciones del Chocó, y en el creciente tributo que rinde actualmente el sirio que sienta planta en ese suelo, ansioso de fortuna; y el cuantioso del negro, fundamento mismo de la individualidad étnica que se plasma, espejo sedimento, vasta estratificación humana que cimenta el edificio de la nueva raza, savia nutricia del germen racial naciente.

Bajo el denominador común de raza chocoana se conjugan: pálidos matices temperamentales del caribe ardidoso, taimado, fecundo en artificios encubridores, hipócrita, pero batallador, agresivo, corajudo y tenaz; vagarosas pinceladas del temple del español titánico, valiente, emprendedor, y del espíritu mercantilista del oriental, sirio de ascendencia judaica; y tumultuosas corrientes del alma soñadora del negro

melancólico, sentimental emotivo, de lírica y poética entraña que savifica la frondosidad del folklore regional.

La mayor porción del índice racial negro favorece la absorción por éste de los caracteres y facultades de los demás índices raciales concurrentes, sin anular su acción modificadora sobre aquél, determinando un tipo humano que no tiene específicamente, ni de indio, ni de blanco, ni de negro en la puridad de sus caracteres étnicos.

Desintegrados los elementos fundamentales de sus razas de origen en el torbellino disolvente de la mezcla, estos ingredientes étnicos separados, se van refundiendo, por un proceso de reintegración, en una individualidad nueva en vías de consolidación y precisión, con marcada predominancia del elemento negro en sus características fisonómicas y temperamentales.

Indefinido aún en cuanto a su moral y su carácter —ese carácter que resulta “de la combinación en variadas proporciones de los diversos elementos designados con el nombre de sentimientos, de entre los cuales la energía, la perseverancia, la aptitud para dominarse, facultades más o menos derivadas de la voluntad, tienen un papel preponderante”— por la influencia de herencias contrarias en lucha, en el tipo chocono se perfila, no obstante, la índole del antepasado negro.

Indolente, sensual, imprevisor, ahoga el porvenir en el goce irresponsable de la vida presente.

Ese tipo en formación apenas, acusa rasgos sintomáticos de debilidad e impotencia. La obra de transformación y creación que tiene ante sí, se le antoja superior a sus propias fuerzas. Su actitud frente al pequeño cosmos que le sirve de asiento y de medio circundante, revela una desconcertante carencia de energía, una ausencia de vitalidad y de pujanza. No se ha atrevido a mirarlo fijamente, altivamente, con altivez de dominador inquebrantable.

Inicia vigorosamente el esfuerzo, pero al poco andar vacila, flaquea y se resigna. Hay en él un no sé qué de pesimismo, una desconfianza en su propia valía, que lo avasalla, lo deprime, lo inferioriza, lo aniquila y le crea un trágico destino.

En ese pesimismo se torna indiferente, despreocupado, en un ser meramente pasivo. La intensidad del esfuerzo, de la energía empleada, no ha correspondido en ningún momento a la magnitud de la empresa que tiene ante sí. En la inacción casi se extingue su energía, se debilitan su innegable resistencia física y sus insospechadas facultades mentales.

Sin orientación, ni rumbo fijo, su esfuerzo tiende, a falta de otra mira mejor, a asimilarse al medio, más bien que a adaptarlo a sí propio,

a resistir pasivamente su acción, más bien que contradecir la naturaleza, a dejarse modelar por él, a hacerse su hechura, a supervivir orgánicamente, a adaptarse fisiológicamente.

No lo ha ejercitado en forma de creciente actividad modificadora del medio, de despliegue infatigable de energía transformadora, de fecunda labor de creación vital.

No obstante, ésto, no debe conducir respecto de ese pueblo, al fatalismo pesimista de Le Bon de que "razas diferentes pueden fusionarse, pero su producto, mestizos, es un pueblo inferior, incapaz de crear, ni de continuar una civilización".

Cuando esta raza se haya modelado definitivamente, cuando se hayan estabilizado con fijeza sus caracteres, cuando la obra tesonera de los siglos, auxiliada por la del medio, la unifiquen en la conciencia de los elevados destinos que indudablemente está llamada a realizar, cuando en el crisol del ideal se cristalice su alma regional, se temple su carácter y su energía, entonces y sólo entonces, ante las miradas absortas de los incrédulos, se realizará el surgimiento de esa tierra privilegiada.

Medellín, junio de 1942



LA CONSTITUCION EN LOS REGIMENES DEMOCRATICOS

Los Estados poseen para organizar su funcionamiento, para romper todo cuanto se oponga a la realización del derecho que constituye su fin, una constitución. Pero sólo los Estados jurídicamente organizados pueden y deben tener su constitución política.

La carta fundamental de un pueblo debe basarse en los principios esenciales del Derecho, para aplicarlos en la forma más conveniente a las diversas clases de factores que constituyen la ideología e idiosincracia del pueblo para quien va a regir. En esta carta se consagran los derechos y deberes de los ciudadanos y del Estado, las garantías sociales y la reglamentación y ejecución de la administración pública.

Una constitución política representa la base jurídica sobre la cual se establece y opera el Estado. Es un freno a la tiranía de los gobernantes, que no se atreven a violarla puesto que élla representa el querer del pueblo gobernado, y, a la menor tentativa de desconocimiento, éste se levanta porque la considera justa, necesaria y conforme a sus propios ideales; y bien sabemos que la sociedad no se traiciona a sí misma.

Por esto los gobiernos deben tener buen cuidado al dictar sus leyes, para no obrar en contra de la constitución, so pena de ser tildadas con la oprobiosa inconstitucionalidad y con el desacato enérgico de la colectividad.

La Ley de Leyes, como con tanto acierto ha sido llamada la carta fundamental de un pueblo, es la realización viva de los anhelos políticos de una sociedad. En élla se consagran las tendencias políticas, filosóficas que el pueblo como soberano, como señor de sí mismo, quiere sirvan de ruta en la orientación ideológica del Estado.

Pero las cartas constitucionales han sido desgraciadamente, vio-

ladas y ultrajadas de la peor manera posible, sin parar mientes en lo que ellas representan en los destinos de la sociedad. Es precisamente en este punto, donde la diferencia entre los regímenes democráticos y totalitarios se hace más clara y palpable.

Es desconsolador que en nuestro siglo, después de tantas luchas sostenidas por el hombre para alcanzar su más alto ideal: la libertad; cuando a través de todos los tiempos no encontramos sino decadencias fundadas en la tiranía; progreso individual, social, intelectual, y material, cuando los pueblos han querido que sus destinos se orienten por los sagrados caminos de la libertad, entre las naciones haya quienes revivan esa lucha, alabèn y propendan por desconocer para siempre que el hombre es por naturaleza libre, que su personalidad no puede vulnerarse, que el mundo debe su progreso a ese régimen político constituido sobre la más bella trilogía de principios, alcanzada por la humanidad con toda su inteligencia, y a aquellas tres palabras que encarnan el arte de gobernar: libertad, igualdad, fraternidad.

En los regímenes totalitarios el individuo deja de ser hombre para convertirse en una parte de la pesada máquina del Estado. Allí no tiene libertad ni originalidad; sus expresiones, pensamientos, acciones, trabajos y todo lo que el hombre como tal pudiese hacer, no le pertenecen; no tiene derechos sino deberes para con el Estado, porque éste constituye lo supremo, ocupa el lugar señalado por Hegel a Dios en su filosofía.

No es la voluntad de un pueblo soberano la que impera, la que encauza el desarrollo del Estado en los gobiernos dictatoriales. En estos regímenes la función individual desaparece; la libertad de opinión, de conciencia, de enseñanza apenas son anhelos de libertad que llegan a estos pueblos desde las naciones en donde se vive con un régimen acorde con la naturaleza humana: la democracia. Por consiguiente, no existe la opinión pública y las aspiraciones de la sociedad no pueden convertirse en realidad para su propio beneficio.

Nada que implique libertad es permitido porque perjudica, porque ensombrece y estropea la acción ambiciosa, sin control, de unos cuantos hombres que aprovechando determinados momentos históricos de un pueblo, lo dominan, lo reducen a la más triste condición, peor a aquélla en que se encontraban los esclavos en el régimen patriarcal de la antigua Roma.

Porque es cierto que había esclavos, que hubo siervos, que aquéllos eran instrumentos de adquisición para su patrono, que éstos eran personas, sometidas en su trabajo a la avaricia y crueldad de su señor,

pero hoy el hombre es algo menos de lo que ha sido: en la antigüedad no tenían derecho a la vida, a su trabajo, a su libertad física, pero no se les negaba el derecho de pensar, de crear, de amar, en la forma como actualmente se hace.

Es indiscutible que la humanidad ha logrado avances cuyo valor tal vez no sea apreciado en la debida forma por los hombres. Creemos que nuestra época es superior a todas aquéllas que sólo tienen vida en el pasado histórico y grandioso de la humanidad; que el hombre se ha elevado en todos los órdenes, que la cultura y la civilización es solamente nuestra. Sin embargo en la historia de la sociedad no encontramos al hombre en el estado denigrante en que se encuentra hoy en algunos países.

Es oscuro, pues, el avance de la humanidad. Parece que existen colectividades humanas que ineluctablemente están destinadas a cruzar por la vida como esclavas, sometidas a la voluntad de uno que por naturaleza es su hermano, pero que políticamente los absorbe y los destruye.

Tales pueblos dan la impresión de ser incapaces de reaccionar ante la injusticia y la violencia, de no poder realizar lo que hacen y alcanzan aquéllos que respiran en un ambiente de libertad, para lograr la solidaridad racional entre los hombres y el cumplimiento de sus fines sociales. Han perdido su originalidad, no luchan por satisfacer sus necesidades anímicas y humanas. Y a pesar de todo, algunos de estos Estados ocupan lugar preeminente en el concierto de las naciones civilizadas.

Precisamente la negación de la personalidad humana, la negación de todo derecho, para ser reemplazados únicamente por deberes de parte de los hombres hacia el Estado, sin que éste tenga recíprocamente deberes para con aquéllos, es decir, la carencia de una democracia, hace imposible que una carta constitucional tenga vida y sea base de la organización política en un estado totalitario.

No será posible que una nación dirigida por un astuto y grocero amo, conozca, adivine siquiera lo que representa una constitución en que se consagra su libertad en la más amplia acepción del vocablo, sin otro límite que el derecho ajeno; una constitución nacida del mismo fondo de su naturaleza, que vaya a regir para ella y sirva de fundamento para realizar la fraternidad con sus semejantes y alcanzar por este medio todo el perfeccionamiento de que el individuo y la sociedad sean capaces.

El régimen constitucional, sólo tiene nacimiento y existencia en la vida democrática de un país, en donde el pueblo tenga conciencia de

sus actos, pueda tener una orientación política, y sea capaz de estampar en esa carta todas sus ideas y sentimientos, y en donde el gobierno respete esa constitución como pauta impuesta a sus aspiraciones por la sociedad.

La Revolución Francesa tan combatida, como movimiento revolucionario, aún en nuestros días, no sacrificó en vano hombres y gobiernos; sus principios informan hoy los regímenes de las naciones civilizadas del mundo. Aquel ideal de que el gobierno fuese del pueblo, por el pueblo y para el pueblo se ha realizado, y su más clara manifestación son las constituciones en que los pueblos ven la base misma de su organización social.

Es necesario para que una constitución contemple las aspiraciones del pueblo, que exista la más amplia libertad de opinión. Ella es patrimonio exclusivo del sistema democrático. Los diversos partidos políticos que al amparo de esta libertad se forman, deben contribuir con sus ideas, unas de estabilización, otras de progreso, en la creación y reforma de la carta constitucional del Estado, para que así sea el reflejo de la voluntad soberana del pueblo.

En una democracia significa el régimen constitucional la garantía de los derechos individuales, el reconocimiento de la personalidad humana, el respeto a su originalidad, a la libertad de opinión, de creencias, de enseñanzas, de trabajo. Al hacer el reconocimiento del individuo se le enseña la responsabilidad que sobre él pesa como parte viva de ese organismo social, que debe dirigirse a sí mismo, a la vez que debe prestar todo su apoyo para lograr el cumplimiento de los fines sociales del Estado.

En una constitución se consagran los derechos inalienables e imprescriptibles; la igualdad entre los hombres sin las odiosas diferencias de clase; a la vez que el sentimiento de solidaridad aparece claro, irrevocable, porque es un sentimiento brotado del seno mismo de la individualidad.

En la terrible hecatombe porque atraviesa la humanidad, todo parece derrumbarse. Los pueblos sometidos a la dura bota de la dictadura quieren desconocer la existencia misma del Derecho, lo cual amenaza las relaciones de la sociedad. El ideal de justicia tiende a borrarse, a dejar de ser la más alta aspiración del hombre, para ser suplantado por la barbarie y la traición.

Pero el mundo no ha perecido en su totalidad; aún quedan islotes en que imperan las constituciones, la paz y la libertad. América la mayor trinchera democrática, ofrece al viejo mundo, donde reinaba la ci-

vilización, el mayor ejemplo de seguridad, de rectitud, de satisfacción de los deseos humanos. Ella ostenta la antorcha de la libertad y del progreso. Sus gobiernos se establecen con la voluntad del pueblo y sus actos se ajustan a las constituciones nacidas y sancionadas por la misma colectividad .

Los golpes de estado que raramente se han presentado, son debelados por todos sin diferencias políticas para restablecer el imperio de la carta constitucional, que hoy más que nunca es insignia de redención humana. La palabra Derecho no ha perdido su valor en América y sus hombres la poseen y defienden.

En Colombia el sistema constitucional ha tenido vida y vigor porque el pueblo así lo ha querido.

La constitución significa en nuestro país la base misma para la aplicación de los más elevados principios democráticos. La orientación política que la cultura, la ideología y aún el espíritu latino del pueblo colombiano, han visto como la ruta beneficiosa para alcanzar el máximo de progreso, que haga del país un patrimonio, no para una casta o camarilla, sino para la totalidad de los colombianos, se encuentra consagrada en su más amplia forma en la constitución nacional.

Tenemos entre nosotros una armonía completa entre los diversos derechos y deberes, ya del Estado, ya de los particulares; definida con claridad la preeminencia de determinado derecho en caso de colisión entre ellos.

Nuestra constitución implanta el más alto espíritu de libertad a que pueda aspirarse. Nadie puede llamarse superior a sus compatriotas, por otra causa que no sea la de preeminencia intelectual.

Las bases de la organización familiar, célula viva de nuestras instituciones, forman parte con todos sus derechos de la carta constitucional del pueblo colombiano.

La fiscalización de los actos del gobierno por parte del pueblo, está ampliamente consagrada, porque se ve en ella la mayor garantía para reprimir los abusos de la autoridad; así mismo se consagra el derecho de petición. También se hace lo mismo con la libertad de conciencia y de expresión, de opinión y discusión y demás libertades, con el solo límite del orden y la moral pública.

El pueblo colombiano no es uno de aquellos que entregan la realización de su bienestar, de su destino en las manos de un hombre. Nuestro pueblo es fértil campo para lograr día a día, el perfeccionamiento de la opinión pública. Al más humilde campesino, al obrero de las fábricas, al empleado, al capitalista se les escucha con el mismo res-

peto las opiniones que ellos emitan, sin que por é ello sufran castigo o mengua de su libertad.

Nuestras masas obreras, van perdiendo cada vez más el amor al caudillo extraño que las incita, y se dan cuenta de que ellas mismas deben pensar y obrar porque nadie mejor que ellas conocen sus necesidades y esfuerzos. Causa de esta manera de pensar y de obrar es la misma carta fundamental del Estado que representa los anhelos e ideas de todos los colombianos.

La libertad de opinión es base de la política colombiana. La diferencia de opiniones en cuanto a los medios para realizar el fin del Estado, constituye el punto de divergencia entre nuestros grandes partidos tradicionales. Uno y otro han sabido respetar las instituciones jurídicas de la República, y si han acudido alguna vez a la violencia, su única intención no ha sido otra que salvaguardar los sentimientos democráticos del país.

El gobierno conoce claramente cuales son sus atribuciones, señaladas con precisión en la carta constitucional. El órgano legislativo y el judicial, también tienen definidas sus funciones, de tal manera que se cumpla la separación democrática de los órganos del poder público, a la vez que exista entre ellos una franca colaboración para realizar los fines del Estado.

La conciencia constitucional de un pueblo es requisito indispensable para que una carta fundamental tenga existencia y no sea violada. Fruto de una larga evolución es la existencia de esta conciencia. El pueblo colombiano es poseedor de ella y está dispuesto en cualquier momento a luchar para que se respete su voluntad firmemente consagrada en la Constitución de la República.

Sin diferencias de partidos, hemos visto a la comunidad colombiana levantarse como un solo hombre, para defender la base jurídica de nuestra nacionalidad, contra aquéllos, por ventura pocos, que han querido suplantarse la voluntad popular por la suya propia. Las tentativas para implantar gobiernos dictatoriales en Colombia, han tropezado contra la enérgica barrera de la conciencia democrática de nuestro pueblo.

La constitución, no ha sido entre nosotros obstáculo para el progreso del país, ni para la realización de los programas democráticos de los partidos políticos. Cuando una constitución no se acomoda a las exigencias de la época, creadas por la evolución de la sociedad, o cuando ella está inspirada en un credo político diverso al profesado por un partido que llega al poder por la voluntad popular, se deroga o se modifica en concordancia con las nuevas aspiraciones humanas y prin-

cipios políticos, que la mayoría del pueblo quiere sean rectores en la orientación del Estado.

Unas garantizan en forma más amplia los derechos individuales, otras los restringen para aumentar el campo al derecho social, según las ideas de los partidos gobernantes. Pero sea cual fuese el partido que dirija los destinos del país, sus gobernantes han tenido profundo respeto a la norma constitucional, y todas sus actividades han tenido como límite los derechos, deberes, garantías y restricciones consagradas en esa carta.

La conciencia democrática y constitucionalista del pueblo colombiano, data desde nuestra independencia. Colombia no ha olvidado ni ahorrado esfuerzo por conservar las ideas y sentimientos altísimos, que constituyen el legado de nuestros libertadores.

El espíritu y la organización política que se dieron al país, han quedado plasmados en la conciencia colombiana en forma inconfundible.

La lucha en los campos de batalla, los esfuerzos y sufrimientos de todos los libertadores, para decirle al mundo que en Colombia había libertad, y que el pueblo soberano dirigía sus propios destinos, está hoy presente con todo vigor, cuando el mundo libre sostiene la más terrible lucha contra la tiranía destructora de la humanidad.

Seguimos aferrados a un sistema político que sentimos y vivimos, cuyo reflejo en la Constitución hace de nuestro país una fortaleza incólume ante los ataques del despotismo, la barbarie y la injusticia.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN

V

XLVI. EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS NO CABE LA CADUCIDAD SINO EL DESEMBARGO DE BIENES. ESOS BIENES NO PUEDEN VOLVER A EMBARGARSE DENTRO DE LOS DOS AÑOS SUBSIGUIENTES

"En materia de caducidad de la instancia, la ley 105 de 1931 introdujo algunas innovaciones a los principios que imperaban en el Código Judicial abrogado; una de ellas consiste en que la caducidad no tiene cabida en los juicios ejecutivos ni de concurso de acreedores, en donde apenas se decreta el desembargo de los bienes y el levantamiento del secuestro en caso de abandono.

Así lo estatuye el inciso último del artículo 364 del Código Judicial, disposición que dada su generalidad es aplicable tanto a los juicios ejecutivos en que se ejercite contra el deudor la acción personal, como a aquéllos en que por parte del acreedor se promueva la acción real prendaria o hipotecaria.

Para el Tribunal es evidente que resuelto en un juicio ejecutivo, por razón del abandono en que incurra el actor, el desembargo de algún inmueble o varios bienes no pueden éstos embargarse nuevamente en la misma ejecución, primeramente, porque así se desconocerían los efectos de una providencia ejecutoriada, y en segundo lugar, porque vendría a resultar ineficaz la sanción que el Código de Procedimiento Civil impone al demandante cuando por no haber hecho gestión

alguna por escrito en el juicio durante un año, ha manifestado tácita o implícitamente su deseo de desistir de la persecución de las cosas afectadas a la traba ejecutiva.

Si a la expuesta conclusión no se llegara, sería fácil para el ejecutante burlar la pena de carácter civil señalada en el prementado art. 364, pues le bastaría desde el momento mismo en que el deudor solicitara la libertad de los bienes, por razón del abandono, denunciar éstos, por segunda vez en el juicio para que se consumara el embargo de los mismos, antes de llevarse a efecto la orden de desembargo.

Dado el tenor literal del art. 1024 del Código Judicial, no puede invocarse directamente esta disposición para sustentar la tesis que sostiene el Tribunal, puesto que aquel precepto contempla el caso de desembargo de bienes ligados en el juicio ejecutivo, por el motivo de haberse comprobado que pertenecen a terceras personas; pero de modo indirecto sí constituye un argumento en pro de la conclusión expuesta, porque aquel texto indica que sin desaparecer los motivos que determinaron el desembargo, en el caso por él contemplado, no se puede proveer posteriormente al embargo de los mismos bienes.

Lo que sí ocurre es que el desembargo decretado a causa del abandono no puede ser indefinido, y mucho menos, cuando los bienes se han perseguido en virtud de una acción real hipotecaria o prendaria establecida por el ejecutante. A falta de disposición expresa que regule el caso en cuestión, debe aplicarse, por analogía, lo dispuesto en el inciso 4° del prementado art. 364, es decir, que pasados dos años, a partir de la fecha de la notificación del auto en que se ha declarado el desembargo de los bienes, pueden ser embargados en el mismo juicio, si esto es factible, o en otro procedimiento ejecutivo o hipotecario que inicie el acreedor.

Cree, por lo dicho, el Tribunal que en el juicio ejecutivo de Arango contra Cuartas no se pueden embargar los bienes que se desembargaron, por razón del abandono del ejecutante, aunque sí puede el acreedor denunciar y hacer embargar otros bienes, pues no caducando la instancia, la ejecución no termina.

Esta conclusión es evidente para el suscrito Magistrado, porque si en una ejecución donde se ha presentado el abandono se desembargaran los bienes afectos a la traba ejecutiva, y el acreedor no tuviera derecho para denunciar otros distintos a los desembargados, prácticamente se llegaría a las consecuencias de una verdadera caducidad de la instancia, porque el juicio ejecutivo no podría seguirse o adelantarse sin bienes para perseguir" (auto de 12 de Noviembre de 1937. Jui-

cio ejecutivo de Justo P. Arango contra Jesús A. Cuartas. Magistrado Ponente doctor Antonio J. Pardo).

XLVII. LA DEMANDA SOBRE FILIACION NATURAL NO SUSPENDE LA PARTICION. PARA QUE PUEDA SUSPENDERSE SE REQUIERE QUE HAYA UNA CONTENCION ENTRE QUIENES MUTUAMENTE SE RECONOCEN HEREDEROS O LA PRUEBA PLENA DE UN ESTADO CIVIL O DE LA CALIDAD DE ASIGNATARIO

Todos los herederos reconocidos en el juicio de sucesión pidieron la aprobación de la partición, pero se opuso un tercero diciendo que había establecido juicio ordinario sobre declaración de filiación natural. El señor Juez decretó la suspensión, pero el Tribunal revocó el auto aplazatorio, diciendo: "La señora Evangelina Roldán no es heredera ni asignataria. Ella es un tercero que no puede intervenir en este proceso, sino en cuanto la sentencia que se profiera pudiera perjudicarla jurídicamente. Pero en el caso presente la partición es para ella *res inter alios*. No le es oponible; no tiene para ella el efecto de cosa juzgada.

Un principio inconcuso de naturaleza civil y procesal a la vez, establece que la partición no podrá hacerse sino entre aquellas personas que mutuamente se reconozcan herederos, porque es una operación que tiene por objeto dividir los bienes entre los comuneros y no hacer declaraciones de derechos sobre la herencia, que son objeto particular de decisión en juicio ordinario.

De aquí que la partición suponga una definición previa de los herederos y por eso, antes de proceder a la partición, se decidirán, por la justicia ordinaria, las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab-intestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios.

Igualmente la partición supone la existencia de una comunidad de dominio mutuamente reconocida, sobre todos los bienes que se van a dividir.

De aquí, que si terceros se pretendieron herederos, no es del caso suponer una partición seguida entre personas que mutuamente sí reconocen ese estado de condominio y comunidad.

La señora Roldán de López no es asignataria. La iniciación de un litigio no le da derecho a llamarse heredera, o a ejercer actos propios de heredero. Su interés no es aún concreto. En este sentido se ha pro-

nunciado este Tribunal, en auto de 16 de mayo de 1941 (juicio de sucesión de Enrique Pizano).

Si esto no fuere de por sí un refuerzo lógico del proceso discursivo, veamos qué nos dice el Tribunal de Cundinamarca, en sentencia de abril de 1940 (Justicia, número 75, 76, 77 y 78).

"La cuestión por resolver es otra muy diversa. Dice el mencionado artículo 1387 del Código Civil: "Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios". Lo que en otras palabras significa que, trabada una controversia de la naturaleza prevista, puede solicitarse por los interesados en ella, que se suspenda el trabajo de distribución de los bienes herenciales, a fin de que la adjudicación se conforme a los términos como ella sea resuelta; pero ocurre entonces preguntar: Supuestos el espíritu y finalidad legislativos del anterior precepto, puede comprenderse en él toda controversia que se suscite sobre derechos a la herencia, aún cuando quien la propone no haya demostrado en aquel acto la calidad civil en que funda el derecho a la asignación que pretende, o, por el contrario, su alcance ha de limitarse a las que se susciten entre personas respecto de las cuales aquella condición civil se halle establecida previamente?"

"Desde luego es sabido que, dentro del principio de los presupuestos procesales, es el de la personería el que confiere al individuo el derecho de ser oído como parte dentro del juicio, o en alguna o algunas de sus incidencias. En lo que a juicios de sucesión respecta, esa personería para hablar se la confiere al interesado el reconocimiento judicial de su calidad de asignatario, a cualquier título; y en las incidencias que dentro de él se ofrezcan, ese mismo reconocimiento, o la comprobación legal de la calidad de todos procede el derecho que por medio de ellas pretenda hacer efectivo. Luego, si en tratándose del incidente sobre suspensión de una partición, lo que determina el interés de quien la propone no es otra cosa que el menoscabo total o parcial de su asignación, es obvio que para suscitarla tiene el interesado qué comprobar su condición de asignatario desconocido o perjudicado dentro del proceso sucesoral; es por esto, y precisamente en tal sentido, por lo que la misma disposición transcrita habla de controversias sobre derechos a la sucesión del asignatario: para significar no propiamente la condición de asignatario judicialmente reconocido en quien tiene derecho a solicitar la suspensión, como que entonces no podría formularla el desheredado, el incapaz, ni el indigno, pero sí la de asignatario

de origen desconocido en sus derechos de tal y hasta convertido en extraño. Si así no fuera, si como se ha entendido por algunos, bastara el hecho simple de una controversia sobre derechos a la sucesión para que procediera la suspensión de la partición, aun cuando quien lo solicitara no logre demostrar siquiera su calidad de asignatario de origen, resultaría entonces que, no sólo se desconocería el texto mismo de la disposición que habla del derecho de los asignatarios sino que, contra el principio general de que es el interés lo que determina la acción y lo que confiere a una persona el derecho de ser oída como parte, tendríanlo también los terceros, es decir, quienes por no poder demostrar el estado de donde emana su pretendido título de asignatarios, único que los habilita para impetrar la suspensión son verdaderos extraños al juicio.

“Y es que aun cuando bien sabido es que los derechos no se tienen porque el Juez los reconozca, sino que al contrario, se reconocen porque se tienen, no es menos cierto también que, para el sentenciador, en tanto es verdadero un derecho en cuanto legalmente se encuentra comprobado en el informativo; de donde resulta que, descartada para una solicitud sobre suspensión de la partición la prueba sobre el estado que siquiera originariamente le confiera a quien la hace el carácter de asignatario, jurídicamente no puede reconocérsele a éste personería para formularla, aunque dentro del juicio ordinario llegue posteriormente a demostrarse aquel estado, y haya que aceptarse, consecuentemente, que se le reconoció su calidad de asignatario porque la tenía; por lo cual, y dentro del supuesto de la falta de prueba de ese carácter, no es posible otorgarle personería sustantiva a quien hace la petición, hasta tanto no se le haya hecho el reconocimiento judicial de esa calidad. Que es, ni más ni menos, la que para el caso de hijos naturales exige la ley”.

En efecto: según el artículo 1° de la ley 45 de 1936, “El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento”. Es decir que, ante la ley y respecto del padre, una persona sólo tiene la calidad de hijo natural, cuando habiendo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, se cumple una de dos condiciones: que el padre lo haya reconocido, o que judicialmente se haya declarado tal, conforme a lo dispuesto en la misma ley. Pero como según ésta, el reconocimiento sólo es admisible cuando

ha sido hecho "en el acta de nacimiento, firmándolo quien reconoce; por escritura pública; por testamento; por manifestación directa hecha ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene" (artículo 2°); es claro que no presentándose ninguna de estas pruebas, ni tampoco la declaración judicial correspondiente, el supuesto hijo natural no tiene ante la ley la calidad de tal, ni por lo mismo es posible reconocerle con fundamento en ese estado o condición, el título de asignatario, único que puede otorgarle personería bastante para pedir la suspensión de la partición".

"Ni cabe tampoco argüir que con esta tesis, la controversia sobre derechos a la herencia pierde toda su importancia como que en caso de ser reconocida la calidad civil de donde hace provenir el derecho, ya los adjudicatarios habrán dispuesto de los bienes distribuidos; porque esa imposibilidad no puede impedirse ni aún con la suspensión de la partición, desde luego que, cancelada con la inscripción del derecho de posesión efectiva la que antes tuviera el causante sobre los bienes sucesorales, los herederos en cuyo beneficio se ha decretado pueden, por éste solo hecho, enajenar válidamente no sólo ya los derechos herenciales, sino la misma cosa común que debía hacerse objeto de la partición, sin medio legal adecuado para impedirlo; porque como la partición según se sabe es posterior a la posesión efectiva, es obvio que la suspensión de aquélla no puede impedir la enajenación que los herederos en cuyo favor se decreta, quieran hacer. Y es porque entre los fines mismos con que se justifica la medida de la suspensión de la partición por razón de controversia sobre derechos herenciales, no se halla, ni mucho menos, el de crear un medio apto a impedir las enajenaciones que puedan hacer los herederos, sino simplemente evitar que la distribución se haga con desconocimiento, absoluto o relativo, de los derechos de quienes cuentan con un título de asignatarios que siquiera originariamente les reconoce la ley o el testamento, aún cuando judicialmente haya podido no serles reconocido. Y porque es el conocimiento cierto de un título o estado lo que determina los propósitos del legislador en estas materias, es por lo que la misma ley procedimental ha determinado que, "expedido el decreto de posesión efectiva" puede también extenderse esta medida a favor de otros herederos "que presenten las pruebas de su título o calidad" (artículo 952 del Código Judicial), no simplemente que se llamen o aspiren a que ese título de calidad se les reconozca en juicio ordinario" (Auto de 13 de Abril de 1942, juicio de sucesión de Justiniano Roldán, magistrado ponente doctor Rodríguez).

XLVIII. LA SANCION EN COSTAS QUE SE SIGUE PARA EL FUNCIONARIO DE LA CAUSA CUANDO HAY UNA NULIDAD EN EL PROCESO, NO CONSTITUYE UN INTERES SUFICIENTE PARA RECUSAR A TAL FUNCIONARIO DICIENDOSE QUE ESTE ESTA INTERESADO EN QUE LA NULIDAD NO SE DECLARE.

El demandado pidió la nulidad del proceso y el señor Juez cuarto de este Circuito Civil la negó, pero el demandado dijo entonces que el Juez tenía interés en que no se declarara tal nulidad que le acarrearía sanción en costas por lo cual estaba impedido, de acuerdo con el artículo 435, ordinal 3° del Código Judicial. El Tribunal rechazó tal razonamiento. Dice así: Las causales de impedimento estriban, según lo anotan connotados procesalistas, en cuatro motivos, a saber: afecto, interés, odio y amor propio del Juez. Pero estas bases deben interpretarse racionalmente, humanamente, sin incurrir en imaginaciones exageradas que contradicen el fin y el espíritu de las normas respectivas. El interés, por ejemplo, puede ser moral o material, pero no puede conducir al extremo de considerar como tal, la pasión por la justicia, el implantamiento de creencias filosóficas o políticas, la ambición de conseguir prestigio científico, etc., etc. (Auto de 26 de Febrero de 1942, juicio de Esteban Hidalgo contra la sucesión de Lázaro Restrepo Callejas. Magistrado Dr. Mora Vásquez".)

XLIX. EL COMPRADOR DE COSA QUE EL VENDEDOR HABIA DADO EN ARRENDAMIENTO TIENE ACCION DE LANZAMIENTO CONTRA EL ARRENDATARIO, Y PUEDE INVOCAR COMO CAUSAL DE EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO LA COMPRAVENTA OTORGADA EN SU FAVOR

El señor Ricardo Restrepo Lemos demandó de acuerdo con los términos del artículo 1115 del Código Judicial, la restitución de un inmueble que su vendedor había dado en arrendamiento, invocando como causal de extinción de tal contrato la venta que en su favor había hecho el arrendador, de acuerdo con el artículo 2019 del Código Civil. El Tribunal admitió la demanda diciendo: "La acción que consagra el artículo 1115 del actual código de procedimiento es la misma que el artículo 7° de la ley 46 de 1903 otorgaba al poseedor regular de cosa inmueble contra el tenedor de la misma, a virtud de un contrato no traslativo de dominio que por cualquiera causa hubiera terminado, con las solas diferencias de que el precepto legal últimamente citado exigía que

a la demanda se acompañara la prueba suficiente de los hechos en que se fundaba la solicitud, y la acción apenas podía ejercitarse sobre inmuebles, en tanto que la nueva puede promoverse contra el ocupante de bienes muebles e inmuebles, y se decide, no breve y sumariamente, sino previos los trámites de un juicio especial, en cuyo término probatorio se pueden establecer los elementos básicos del derecho a obtener la restitución de la cosa.

Si el contrato en que funda el actor su derecho a la entrega del inmueble es el de arrendamiento, y se invoca como causal de su terminación el evento contemplado en el artículo 2019 del C. Civil, la demanda debe admitirse, por cuanto la escritura N° 115 acompañada al libelo sobre venta de la finca "Cajadioro" es bastante para llenar las exigencias del artículo 1104 del C. Judicial; y si la convención de la cual se hace derivar el mismo derecho de restitución consiste en un comodato precario celebrado entre el tradente Libardo Arango M. y el ocupante Jesús Arango en relación con el referido inmueble, es preciso llegar a idéntica conclusión, puesto que no existe ningún precepto en el C. de Procedimiento que obligue al demandante, al ejercitar la acción consagrada por el artículo 1115 de la mencionada obra, a presentar prueba sumaria alguna como condición indispensable para darle cabida a la demanda". (auto de 27 de Enero de 1937, juicio de Ricardo Restrepo Lemos contra Jesús Arango, Magistrado doctor Pardo).

L. QUIEN PIDE LA FACCIÓN DE INVENTARIOS DEBE ACOMPAÑAR LA PRUEBA DE SU PERSONERÍA SUSTANTIVA, LA CUAL DEBERA CONSISTIR EN LAS PARTIDAS DEL REGISTRO CIVIL; PERO NO NECESITA DEMOSTRAR LA PERSONERÍA DE LAS DEMÁS PERSONAS QUE SEÑALE COMO HEREDEROS

Dice el Tribunal: "De acuerdo con los artículos 935 y 936 del C. Judicial, quien solicita la práctica de inventarios y avalúos de los bienes pertenecientes a una sucesión, debe acompañar la prueba de la muerte real o presunta del causante y la del título que tenga el peticionario para intervenir en la diligencia, o de la personería sustantiva del demandante. Esta prueba no puede consistir en una información sumaria de testigos, sino en aquellos documentos que con arreglo a la ley sustantiva o procedimental son idóneos para establecer el estado civil, por cuanto el actual Código Judicial no reprodujo el prin-

cipio consagrado en la parte final del artículo 249 de la Ley 105 de 1890, hoy abrogado.

Pero a éste simplemente se concreta el deber de quien demanda la facción de inventarios y avalúos de los bienes hereditarios y, por consiguiente, no está obligado a demostrar la calidad de herederos o legatarios que corresponde a otras personas en la sucesión. El edicto que ordena fijar el artículo 937 de la Ley 105 de 1931 sirve para citar a todos los que se crean con derecho a intervenir en el inventario y en el juicio". (auto de 29 de Enero de 1937, juicio de sucesión de Jesús Acosta y Julia Rosa Vásquez, Magistrado doctor Pardo).

LI. EN LOS JUICIOS POSESORIOS ESPECIALES DE QUE TRATA EL TITULO XXIX DEL CODIGO JUDICIAL NO PUEDE EXIGIRSE AL DEMANDADO FIANZA PARA RESPONDER DE LOS PERJUICIOS.

Dice el Tribunal: "El demandante ha ejercitado alguna de las acciones posesorias consagradas en el título XIV del Libro II del Código Civil y, por consiguiente, la tramitación del juicio, como el mismo actor manifestó en la demanda, es la señalada por el Título XXIX, Libro II del Código Judicial.

En las disposiciones que regulan la sustanciación de los juicios posesorios especiales no se encuentra una que obligue al demandado a prestar caución, cuando se opondrá a la acción, ni que establezca que el artículo 879 del Código Judicial rige en esa clase de procedimientos. Este último precepto que tiene carácter especial únicamente se aplica a los juicios posesorios reglamentados en los Capítulos I y II, Título XXVIII Libro II del Código Judicial, y como disposición de excepción no puede hacerse extensiva, por analogía, a otra clase de acciones posesorias". (auto de 22 de Febrero de 1937, juicio de Jesús M. Hurtado contra el Municipio de Urrao, Magistrado doctor Pardo).

LII. LA PARCELACION DE LA COSA QUE VA A REMATARSE QUE PERMITE EL ARTICULO 1042 DEL CODIGO JUDICIAL, DEBE PEDIRSE ANTES DE LA EJECUTORIA DEL AUTO QUE SEÑALA DÍA PARA LA LICITACION.

Dos días antes de llevarse a cabo el remate, pidió el ejecutado que la cosa fuera dividida en lotes. El Tribunal no autorizó tal procedimiento y dijo: "Considera el suscrito Magistrado que el derecho que

a cualquiera de las partes otorga el inciso 1° del artículo 1042 del Código Judicial, solamente puede ejercitarse al verificarse el avalúo de los bienes embargados, o antes de hacerse el señalamiento de día y hora para el remate decretado en el juicio, y por una sola vez.

El remate en juicio ejecutivo no es solamente el acto aislado de la licitación o la adjudicación al mejor postor de los bienes embargados en la ejecución; el remate constituye una etapa en el procedimiento ejecutivo, o la sucesión de varios actos, que se inicia con el señalamiento de día y hora para la licitación, continúa con el anuncio por medio de carteles y la publicación del aviso, formalidades que deben cumplirse en el lugar donde se sigue el juicio, o en el lugar donde están ubicados los bienes, y termina el día de la venta forzada con los pregones preparatorios y la adjudicación al mejor postor de los bienes.

No puede, por tanto, interpretarse el citado artículo 1042 de la manera amplia como lo hace el señor Juez de la primera instancia, pues con ese criterio de hermenéutica no habría diferencia alguna entre el caso de parcelación de los bienes, a solicitud del ejecutante o el ejecutado, y la división de los mismos por petición de ambas partes a que se refieren en su orden los incisos 1° y 2° del prementado texto.

Y es que repugna a la equidad que cuando se han cumplido todas las formalidades exigidas por el Código de Procedimiento para la venta forzada de bienes, y el ejecutante ha hecho los gastos que demanda la licitación, pueda, a su talante, el deudor, aún el mismo día señalado para la venta en pública subasta, ejercitar el derecho de parcelación, y hacer suspender el remate, con graves perjuicios para el acreedor.

La ley 37 de 1932 que autoriza al deudor para pedir la suspensión del remate, en ciertos casos, únicamente le permitía hacer la solicitud, antes de la ejecutoria del auto que señalaba día y hora para la licitación pública.

Parece, también, que la solicitud de parcelación de los bienes embargados que hace el ejecutado o el ejecutante no puede resolverse de plano, sino previos los trámites de una articulación, que le abra campo a las partes para demostrar que aquéllos son susceptibles o nó de división material, y determinar, en el primer caso, los lotes, pues es peligroso dejar estos puntos al mero arbitrio o capricho del demandante o demandado.

No se niega que la expresión "antes de que se inicie el remate" que emplea el artículo 1042 del Código Judicial es demasiado vaga, y puede prestarse a la inteligencia que le ha dado el señor Juez de la primera instancia; pero a juicio del Tribunal está más acorde con los

principios de la equidad y justicia la interpretación de aquella frase en el sentido de que principiando el remate en el juicio ejecutivo con el señalamiento, la solicitud de parcelación o de formación de lotes debe hacerse por el demandante o demandado antes de la fijación de día y hora para la venta en pública subasta". (auto de 24 de Febrero de 1937, juicio ejecutivo de Antonio Acosta contra José J. Londoño, Magistrado doctor Pardo).

LIII. FIJADO CONVENCIONALMENTE UN DOMICILIO PARA EL PAGO, NO PUEDE ESTABLECERSE LA DEMANDA EN PLAZA DISTINTA ASI SEA EL DOMICILIO DEL DEMANDADO.

En el respectivo contrato se fijó el municipio de Rionegro como lugar del pago, pero el acreedor estableció su demanda por ante el Juzgado de Marinilla. El Tribunal revocó el mandamiento de pago diciendo que la ejecución debió establecerse en el lugar fijado convencionalmente para hacer el pago. Dice el Tribunal: "Según Champeau y Uribe (página 115 del Tomo I) la elección de un domicilio especial tiene por objeto hacer excepción a la regla que establece la competencia de los Jueces según el domicilio general del demandado, y eludir la necesidad de cumplir en este domicilio los actos judiciales y extra-judiciales relativos al contrato.

Entre el domicilio general y el especial existen las siguientes diferencias: 1° El especial no produce efectos sino para los actos relativos a determinado negocio; el general sirve para los actos referentes a todo negocio; 2° El domicilio general no se trasmite por la muerte de una de las partes a sus herederos; el domicilio especial sí pasa a éstos; 3° Una persona no puede tener sino un número muy limitado de domicilios generales, pero puede obtener varios domicilios especiales; y 4° El domicilio general puede cambiarse, variando el individuo las circunstancias que lo constituyen; el especial no, sino por acuerdo entre las partes.

De lo anteriormente dicho se deduce que el Juez competente para conocer del presente negocio es el Juez del Circuito de Rionegro, lugar éste señalado en la convención para el cumplimiento de las obligaciones, consideración ésta que por sí sola es suficiente para reconocerle eficacia a la apelación interpuesta por el ejecutado". (auto de 25 de febrero de 1937, juicio ejecutivo de Marcos Gallego y otros contra Ramón A. Usme. Véase también auto de 25 de julio de 1938, juicio ejecuti-

vo de Domingo Restrepo contra Urbano Carvajal. Magistrado doctor Pardo).

LIV. LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS CON ANTERIORIDAD AL 30 DE JUNIO DE 1931, ESTAN SUJETAS AL GRAVAMEN SOBRE EXCESO DE INTERESES DE QUE HABLAN LAS LEYES 37, ARTICULO 1° DE 1937, Y 46, ARTICULO 7°, DE 1933.

El Tribunal se refirió preferentemente a las razones expuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su resolución número 74 de 6 de Mayo de 1936, publicada en el Diario Oficial número 23194 de 29 de Mayo de 1936, donde se sienta que tales obligaciones están sujetas a esta particular reducción de intereses, cualquiera que sea el tiempo en que se paguen". (auto de 16 de abril de 1937, juicio de Clemente López contra Rubén Hincapié, auto del Magistrado doctor Pardo).

LV. PARA QUE PUEDA DECLARARSE EN EL MISMO MANDAMIENTO DE PAGO EL EMBARGO DE LA COSA Y SU AVA-LUO, DE ACUERDO CON EL ARTICULO 998 DEL CODIGO JUDICIAL, ES NECESARIO ACOMPAÑAR EL CERTIFICADO QUE EXIGE EL ARTICULO 1008 DEL CODIGO.

El ejecutante acompañó a su demanda un certificado del Registrador de Instrumentos en que constaba que el ejecutado era poseedor inscrito del inmueble. Con tal prueba obtuvo del juzgado de Yolombó la orden de embargo y avalúo, de acuerdo con el artículo 998 que manda que el mandamiento ejecutivo debe contener tal orden si el ejecutante ejercita la acción real nacida de la constitución de la hipoteca o de un censo. El Tribunal revocó el embargo y la orden de avalúo porque ese certificado no se adujo en los términos del artículo 1008 del código. Dice el Tribunal: "El artículo 998 debe entenderse en relación con el 1008 del C. Judicial, en el sentido de que el certificado sobre la propiedad del demandado en el bien embargado debe expedirse en los términos del artículo 635 ibídem.

Si para admitir la demanda sobre venta de bienes hipotecados, por el procedimiento especial que reglamenta el Título XLII., Libro II. del Código Judicial, se necesita que el demandante acompañe el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de que habla el artículo 1008, antes citado, no se ve por qué cuando se ejercita la acción hipo-

tecaria, por la vía del juicio ejecutivo, basta simplemente, para embargar el inmueble pignorado, la mera comprobación de que el demandado es el actual poseedor del bien que se persigue.

En virtud de la analogía que existe entre el procedimiento especial hipotecario y el ejecutivo, el auto admisorio de la demanda en el primer juicio equivale al mandamiento de pago en el segundo; de manera que para proveer el embargo en la acción real ejecutiva nacida de la constitución de una hipoteca, en el mismo auto de apremio, es indispensable que el certificado reúna todas las condiciones exigidas por el artículo 1189 del Código Judicial". (auto de 16 de abril de 1937, juicio ejecutivo de Valeriano Zapata con Tobías Alvarez A., magistrado doctor Pardo).

LVI. LA FALTA DE INSISTENCIA POR PARTE DEL EJECUTANTE EN LA DILIGENCIA DE DEPOSITO Y AVALUO NO TRAE COMO CONSECUENCIA EL DESEMBARGO. EL ARTICULO 1021 DEL CODIGO JUDICIAL ES INCOMPLETO.

En el momento del secuestro de un bien inmueble, se opuso la señora Amelia Londoño. El Juez lo dejó en poder de ésta en calidad de secuestre. Como el ejecutante no insistió en perseguir tal bien, la opositora Londoño solicitó su desembargo. Así lo decretó el señor Juez de La Ceja, pero el Honorable Tribunal revocó tal procedimiento. Dice así: "La Ley 105 de 1931 en cuanto a las reclamaciones que pudieran hacer terceros poseedores de bienes embargados en una ejecución, adoptó un sistema diferente al del Código Judicial abrogado, pues eliminó las tercerías excluyentes, la articulación de desembargo que podía promover el dueño de la cosa y la acción que concedía al poseedor inscrito del inmueble que se resolvía de plano, es decir, en vista de los documentos que se acompañaban a la solicitud.

En el actual Código Judicial, el dueño de un inmueble está suficientemente protegido por el artículo 1008 de dicha obra, el cual dispone que si del certificado que debe presentar el ejecutante en los términos del artículo 635 aparece que el ejecutado no es el poseedor inscrito del bien raíz embargado, ya porque otro lo sea o porque no haya posesión inscrita, el Juez ordena inmediatamente el desembargo y la consiguiente cancelación del embargo.

Dadas estas explicaciones, resulta claro que las acciones de exclusión que los artículos 1021, 1022 y 1023 del citado Código conceden a terceros, únicamente benefician a los poseedores materiales de bienes

raíces o muebles, aunque puede perfectamente suceder que el opositor reúna las condiciones de dueño o poseedor inscrito y de poseedor material de las cosas reclamadas.

Así lo da a entender de manera indubitable el prementado artículo 1021 que comienza así: "Si a tiempo de practicarse el secuestro, los bienes se hallan en persona distinta del ejecutado, que no los tenga a nombre de éste, y que diga que le pertenecen, se dejan en poder de quien los tiene, embargados y en calidad de secuestro, salvo que el ejecutante desista de perseguirlo". Y corroborará esta interpretación la parte final del inciso 1° de la referida disposición que impone al Juez la obligación de tomar razón de las circunstancias que tiendan a demostrar quién es el verdadero poseedor de la cosa reclamada, dándole la consiguiente facultad de examinar documentos e interrogar a las partes y testigos.

No consta en la diligencia de depósito y avalúo practicada el 4 de noviembre de 1936 que el lote de terreno reclamado por la señora Amelia Londoño se encontrara en su poder, ni aparece en ella relación de circunstancias de qué hubiera tomado razón el señor Juez de la causa para establecer que la reclamante era la verdadera poseedora de la finca embargada.

Y como la señora Londoño reclamó el inmueble como dueña, pues manifestó que lo había adquirido en virtud de una donación que le había hecho el señor Juan de Jesús Tobón, debe concluirse que para que prosperara la oposición estaba obligada a demostrar la doble calidad de poseedora material y poseedora inscrita del bien embargado.

Indudablemente el artículo 1021 del Código Judicial no ofrece la suficiente claridad, y puede considerarse deficiente o incompleto, porque nada dispone en relación con la situación que puede presentarse cuando el ejecutante no insiste en la misma diligencia de depósito y avalúo en la persecución de los bienes reclamados en este acto por terceras personas.

Empero, no por ello puede sostenerse que la falta de insistencia por parte del ejecutante en la diligencia de depósito y avalúo trae como consecuencia el desembargo, pues claramente da a entender el inciso 1° del predicho artículo 1021 que los bienes se dejan en poder de quien los tiene, *embargados y en calidad de secuestro*, y que solamente se decreta la cancelación del embargo cuando el demandante haga la manifestación expresa de desistimiento en la persecución de las cosas.

Considera el suscrito Magistrado, y así procedió cuando estuvo de Juez 3° Civil de este Circuito, que la reclamación del tercero en el ac-

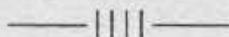
to de depósito y avalúo constituye la solicitud de desembargo inicial del incidente, y por eso, cuando el ejecutante insiste en la misma diligencia contesta el traslado de la demanda de exclusión, y en consecuencia, la articulación se abre a prueba, como se dispone en el inciso 2° del prementado artículo 1021.

De allí que cuando el ejecutante no insista, por no estar presente en la diligencia de depósito y avalúo o por cualquier otro motivo, se le debe correr traslado de la reclamación del tercero, y luégo se sustancia el incidente para resolver si el reclamante es o no legítimo poseedor cuya posesión deba respetarse conforme a la ley.

En todo caso la reclamación de terceros poseedores en ejercicio de las acciones consagradas por los artículos 1021, 1022 y 1023 del Código Judicial, cuando se decide favorablemente al opositor, solamente pone fin al secuestro, pero nó al embargo, como resulta claro del tenor literal y expreso de los referidos textos.

No habiendo demostrado la señora Amelia Londoño que era poseedora material y también inscrita del inmueble que reclamó como suyo en la diligencia del 4 de Noviembre del año pasado, es obvio que su oposición no puede prosperar.

Si es verdaderamente dueña del lote determinado en el acto de depósito y avalúo, en virtud de un contrato de donación que le hizo el señor Juan de Jesús Tobón, el derecho de dominio que aquélla alega quedará suficientemente protegido cuando se le dé aplicación por el señor Juez de la causa al artículo 1008 del Código Judicial". (auto de 10 de Mayo de 1937, juicio de Pedro Uribe contra Víctor Tobón. Idéntica doctrina se sostiene en auto de 31 de Enero de 1938, juicio de Benicio Gaviria contra José de Jesús Castaño).



LIBROS Y REVISTAS RECIBIDOS

Ingreso de libros y revistas a la Biblioteca de la Facultad de marzo a julio de 1942

LIBROS:

La literatura de Chile — Mariano Latorre — Buenos Aires	1941
La Posición de las Universidades ante el Problema del Mundo — Don Fernando de los Ríos — La Habana (Folleto)	1938
Guía para Fichado y Catalogación — Domingo Buonocore (Folleto)	1941
Cuatro Discursos — Proclamación del partido Trujillista, por la Guardia Universitaria (Folleto) — Ciudad Trujillo	1940
Trujillo restaurador de la independencia financiera de la República Dominicana — (Folleto)	1941
Sociología y Política en la República Dominicana — Manuel M. Guerrero (folleto) Ciudad Trujillo	1941
La Guardia Universitaria "Presidente Trujillo" Conferencia dictada por Max R. Garrido — (Folleto) — Ciudad Trujillo	1941
Derecho Judicial Civil — Luis Mattiolo — Madrid — 4 tomos	1932
Legislación del Trabajo — Campos E. Barón — Bogotá — Última edición	1942
Informe a la Asamblea de 1942 — Contraloría de Antioquia	1942
Segundo Congreso Latino-americano de criminología — Santiago — Chile	
Legislación Social — Obra editada por el Municipio de Medellín 2 tomos	1941
Caja Nal. de Jubilaciones y Pensiones Civiles (Anteproyecto de reformas a las leyes 4.349 y 11.923 Buenos Aires)	1938
Constitución Anotada de la República del Uruguay — Morey Otero Sebastián — Montevideo	1936
El Hombre y la Cultura — Ruth Benedict — Buenos Aires	1939
Problemas Sociales — Sales y Ferré — Madrid	1910

Sociología — Eleutheropoulos — Madrid	1911
Los hombres de presa — Luis M. Drago — Buenos Aires	1921
La Política en la guerra del Chaco — Buenos Aires — 2 Tomos	1937
La Suprema Corte y las Disputas entre Estados — Charles Warren — (Folleto) — México	1942
Feminismo — Adolfo Posada — Madrid	1899
Derecho Constitucional — Carlos Alado — Buenos Aires	1930
Memoria de Gobierno — Medellín	1942
Discurso en el Día Panamericano — Manuel Avida Camacho — México (Folleto)	1942
Circular N° 18 — Dirección Gral. de Tenencias — Medellín	1942
Temas de Derecho Civil por los Doctores Enrique Díaz de Guijarro y Enrique V. Galli — (Folleto)	1941



REVISTAS:

Revista de Derecho y Ciencias Sociales	Habana Año I, N° 1	1942
La Jurisprudencia al Día	Habana N° 6	1942
Banco Central del Ecuador.—Boletín mensual	Quito N° 172-173	1941
Revista de la Guardia Nacional	San Salvador N° 18	1942
Relator Judicial	Naiva N° 185	1942
Boletín de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador	San Salvador N° 142	1942
Revista del Colegio Mayor de Ntra. Sra. del Rosario.	Bogotá N° 357-358	1942
Cuba y España	La Habana N° 3, 4, 5	1942
Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana	Washington N° 2, 3	1942
Revista del Colegio de Ingenieros de Venezuela	Caracas N° 141	1941
Boletín Bibliográfico Mexicano	México N° 22	1941
Revista de Derecho y Administración Municipal	Buenos Aires N° 142	1941
Suplemento estadístico de la Revista Económica	Buenos Aires N° 55	1942
Anales de la Universidad de Santo Domingo	Ciudad Trujillo Fasc. III Vol. V.	1941
Revista Forense	Río de Janeiro Vol. LXXXVIII Fascículo, 462	1941
Revista de Derecho Comercial	Río de Janeiro Vol. II Ns. 42-43	1941
Crónica Judicial	Ibagué N° 635	1942
Boletín de la Unión Panamericana	Washington N° 3 Vol. LXXXVI	1942
Boletín Jurídico-Bibliográfico	México N° 20, 21, 22	1942
Informaciones Cooperativas	Montreal N° 12	1941
Justicia	Bogotá Ns. 97, 98, 99	1941
El Economista	México N° 74	1942
Law and Contemporary Problems—Duke University	Durham, North Carolina N° 4	1941
Boletín Comercial	Medellín Ns. 201, 202	1942
Revista Nacional de Cultura	Caracas N° 31	1942

La Nueva Democracia	Nueva York Ns. 2, 3	1942
Véritas	Buenos Aires N° 1134	1942
Atenea	Concepción - Chile N° 199	1942
Criminalia	México N° 7	1942
La Justicia	México N° 174	1942
Revista Judicial	Buga N° 78, 79	1942
Boletín Bibliográfico Mexicano	México N° 25	1942
Cruz Roja	Medellín N° 104	1942
Anales —Universidad Central—	Quito N° 312	1941
Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.	La Plata Tomo XII	1941
Revista del Banco de la República	Bogotá Ns. 159, 160, 1641-172	1942
El Mes Financiero y Económico	Bogotá N° 58	1942
Boletín Mensual.—Banco Central del Ecuador	Quito N° 174-175	1942
Revista Javeriana	Bogotá N° 83	1942
Harvard Law Review	Cambridge, Mass N° 5	1942
Revista "Jus"	México D. F. N° 43	1942
El Economista	México D. F. N° 75	1942
Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia	Maracaibo N° 79	1942
Gobierno	Bucaramanga N° 12	1942
Letras y Encajes	Medellín N° 189	1942
Revista Femenina	Medellín N° 9	1942
Revista del Banco de la República	Bogotá N° 174	1942
Revista de Derecho y Administra- ción Municipal	Buenos Aires Ns. 143, 144	1942
Revista del Colegio de Ingenieros de Venezuela	Caracas N° 142	1942
El Economista	México D. F. N° 77	1942
Suplemento Estadístico de la Re- vista Económica	Buenos Aires N° 54	1942
Revista Penal y Penitenciaria.	Buenos Aires N° 21	1941
Revista Nacional de Cultura	Caracas N° 32	1942
Educación	Caracas N° 17	1942
Decisiones Judiciales — Depto del Magdalena (Col.)	Río de Oro N° 3	1942
Información Jurídica	Madrid Ns. 7, 8	1941
Revista de la Facultad de Derecho de Madrid	Madrid Ns. 4, 5	1941
Economista Peruano	Lima N° 42	1942
Educación Rural	La Habana N° 2	1942
Anales de Economía y Estadística	Bogotá Ns. 6, 7, 8	1942
Revista del Banco de la República	Bogotá N° 175	1942
Universidad de Antioquia	Medellín N° 51	1942
Gaceta Oficial del Estado Zulia	Maracaibo Ns. 1533, 1534	1942
Anales de Ingeniería	Bogotá N° 566	1942

Boletín Jurídico-Bibliográfico	México D. F. N° 22	1942
Informaciones cooperativas	Montreal N° 1, 2	1942
El Mes Financiero y Económico	Bogotá N° 59	1942
Revista de la Guardia Nacional	San Salvador N° 19	1942
Revista Rotaria	Chicago Ns. 3, 4, 5	1942
Noticias de México	México D. F. Ns. 36, 37, 38	1942
Harvard Law Review	Cambridge Mass. N° 6	1942
Cruz Roja	Medellín, N° 105	1942
Boletín de la Unión Panamericana	Washington Ns. 4, 5	1942
Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana	Washington N° 4	1942
Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico	Río Piedras N° 3	1942
Revista Libros	Medellín N° 3	1942
Revista del Banco de la República	Bogotá Ns. 159, 160	1941
La Nueva Democracia	Nueva York N° 4	1942
Letras y Encajes	Medellín N° 190	1942
Revista JUS	México N° 44	1942
Temas	Medellín Ns. 11, 12	1942
Criminalia	México N° 8	1942
Revista Javeriana	Bogotá N° 84	1942
Superintendencia Bancaria—Boletín	Bogotá Ns. 35 a 43	1941
Superintendencia Bancaria—Boletín	Bogotá N° 51	1942
Justicia y Reforma	San Gil Ns. 124, 125, 126	1942
La Ley	Tunja Ns. 30, 31, 32, 33	1941
Boletín del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación Argentina	Buenos Aires Ns. 9 a 14 1939	1940
Jurisprudencia Cordobesa	Córdoba—Argentina N° 11	1941
Noticias de México	México D. F. N° 40	1942
Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.	Buenos Aires N° 1	1942
Revista del Banco de la República	Bogotá N° 176	1942
Suplemento Estadístico de la Revista Económica	Buenos Aires N° 56	1942
Revista Mexicana de Sociología	México D. F. N° 4	1942
Decisiones judiciales	Río de Oro N° 2	1942
Boletín Clínico	Medellín, N° 2	1942
Véritas	Buenos Aires N° Extraordinario	1942
Law And Contemporary Problems	Durham North Carolina N° 1	1942
Cruz Roja	Medellín N° 106	1942
La Nueva Democracia	Nueva York N° 5	1942
Revista Rotaria	Chicago N° 6	1942
Educación	Caracas N° 18	1942
Informaciones Cooperativas	Montreal—Canadá Ns. 3, 4	1942
Revista de Derecho y Ciencias So-	La Habana N° 2	1942

ciales.		
Revista Jurídica	Cochabamba N° 17	1941
Anales de Economía y Estadística	Bogotá N° 10	1942
Criminalia	México D. F.	1942
Temas	Medellín N° 14	1942
Acción Forense	La Plata N° 3	1942
Revista de la Guardia Nacional	San Salvador N° 20	1942
Boletín del Instituto de Cultura Latino-Americana	Buenos Aires N° 31	1942
Revista Minería	Medellín Ns. 115 a 117	1942
Boletín del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia	Montevideo N° 3	1942
Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia	Maracaibo Ns. 80 a 83	1942
Revista Javeriana	Bogotá N° 85	1942
Revista del Colegio Mayor de Ntra. Sra. del Rosario	Bogotá Ns. 359, 360	1942
Archivos del Hospital Rosales	San Salvador N° 77	1942
Scientia et Labor	Bogotá Ns. 66, 67	1942
Revista Municipal	Medellín N° 1	1942
Anales de la Universidad de Santo Domingo	Ciudad Trujillo Fasc. IV, Vol. V.	1942
Boletín Mensual — Banco Central del Ecuador	Quito N° 176	1942
Atenea	Concepción N° 200	1942
Boletín de la Unión Panamericana	Washington N° 6	1942
Revista Judicial	Buga N° 80	1942
Gaceta Oficial del Estado Zulia	Maracaibo N° 1535	1942
Información Municipal	Medellín N° 7, 8	1942
Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana	Washington, N° 5	1942
El Economista	México D. F. Nos. 76, 78	1942
Anales.—Universidad Central del Ecuador	Quito N° 313	1942
Boletín Comercial	Medellín N° 203	1942
Revista del Banco de la Nación Argentina	Buenos Aires N° 3	1941
Anales de Ingeniería.	Bogotá, N° 567	1942
Veritas	Buenos Aires N° 136	1942
Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas	Rosario (Argentina) N° 3	1941
Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas	Buenos Aires N° 85 a 88	1940
Revista del Derecho y Administración Municipal	Buenos Aires N° 145	1942

Columbia Law Review	New York N° 4	1942
Revista del Departamento Provincial del Trabajo		
La Revista del Derecho, Jurisprudencia y Administración	Santa Fé (Argentina) N° 92	1942
El Mes Financiero y Económico.	Montevideo Ns. 1, 2, 11, 12, 1941-1942	
El Foro Nariñés	Bogotá Ns. 60, 61	1942
Revista de la Facultad de Ciencias Económicas	Pasto Ns. 127 a 130	1942
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas	Lima N° 22	1941
Memoria Anual del Banco Central de la República Argentina. Séptimo ejercicio	Lima N° 3	1941
Información Jurídica	Buenos Aires	1941
Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación Argentina.	Madrid (España) N° 9	1942
Boletín Jurídico-Bibliográfico	Buenos Aires N° 21 y 22	1941
Temas	México N° 23	1942
Economista Peruano	Medellín N° 15	1942
Harvard Law Review	Lima N° 43	1942
Revista Forense	Cambridge Masa. N° 7	1942
Revista de la Universidad de Guayaquil	Rio de Janeiro Ns. 463-464	1942
El Economista	Guayaquil N° 1	1941
Suplemento Estadístico de la Revista Económica	México N° 79	1942
Anales del Consejo de Estado	Buenos Aires N° 57	1942
Revista Javeriana	Bogotá Ns. 305 a 307	1942
Cruz Roja	Bogotá N° 86	1942
Revista del Banco de la República	Medellín N° 107	1942
Agricultura y Ganadería	Bogotá N° 176	1942
Tierras y Aguas	Bogotá Ns. 30 y 31	1941
Boletín Mensual.— Banco Central del Ecuador	Bogotá Ns. 32 a 36	1941
Revista Judicial	Quito N° 177-178	1942
Revista Do Brasil	Buga N° 81	1942
Boletín de la Superintendencia Bancaria	Río de Janeiro Ns. 43, 44, 45	1942
Revista das Academias de Letras	Bogotá N° 52	1942
Decisiones Judiciales	Río de Janeiro N° 38	1942
Revista Minería	Río de Oro Ns. 1, 2	1942
Resumen quincenal de sucesos Internacionales	Medellín — Anexos	1942
Anales de Economía y Estadística	New York Ns. 9, 10	1942
Boletín de Estadística	Bogotá Ns. 6 y 10	1942
Federación Nacional de Cafeteros	Bogotá Ns. 19, 20, 21, 23	1942
Revista Cafetera Colombiana	Bogotá N° 109	1942
Repertorio Histórico	Medellín Ns. Varios	1905 — 1942

Estudios de Derecho

Publicación trimestral durante el
año lectivo: Febrero a Noviembre

S U S C R I P C I O N E S

Valor de un año: serie de 3 números.....	\$ 1.00
” ” ” número suelto.....	\$ 0.40
” ” ” número atrasado.....	\$ 0.80

EL VALOR DE LA SUSCRIPCIÓN DEBE PAGARSE ANTICIPADAMENTE

El contenido de la presente entrega es inédito.

La responsabilidad por las ideas y doctrinas expuestas en esta revista corresponde exclusivamente a sus autores.

DIRIGIR LA CORRESPONDENCIA AL APARTADO
POSTAL N° 155, MEDELLIN-COLOMBIA-SUR AMERICA