

Volum 18  
N. 55.

# ESTUDIOS DE DERECHO

U. DE A.  
SUMARIO: BIBLIOTECA GENERAL  
OBSEQUIO

## 1—Trabajos jurídicos

La Filosofía del Derecho en México.—Dr. B. Mantilla Pineda.

El Delito de Estafa.—Dr. Bernardo Botero Mejía

Ideas para reformar y adicionar la Ley 45 de 1936.—Dr. Germán Bula Hoyos

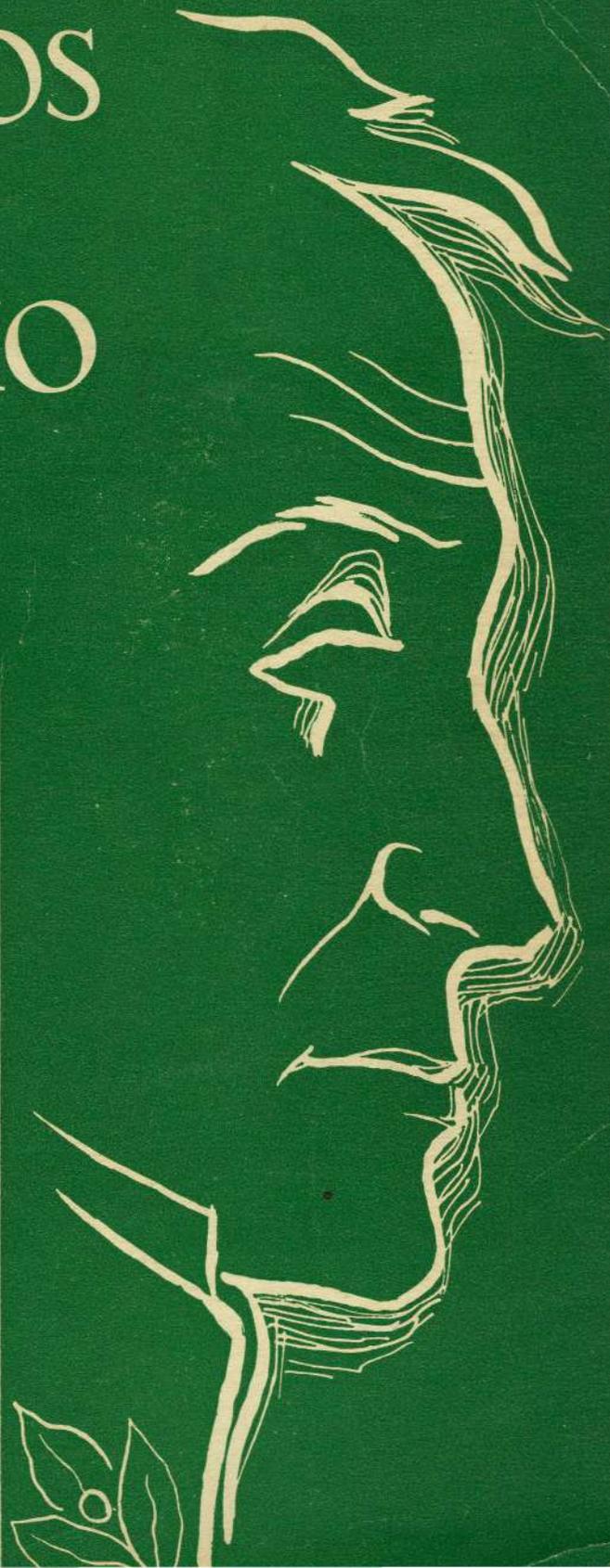
El Movimiento Sindical Colombiano.—Dr. Horacio Yepes Zuluaga

## 2—Jurisprudencia

—Crónica Universitaria

Febrero - Mayo 1959

Número 55



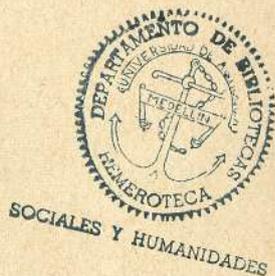
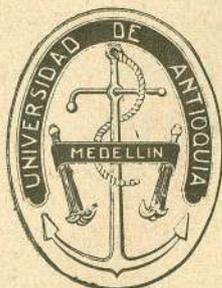
8  
5  
9



6-384537

392860

"Tarifa postal reducida. - Licencia número 10f  
del Ministerio de Comunicaciones".



# - ESTUDIOS DE DERECHO -

Organo del Centro de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas de la Universidad de Antioquia.

VOLUMEN XVIII

NUMERO 55

La reproducción de cualquier artículo está permitida, siempre que se cite su autor y el nombre de la Revista. - Los artículos publicados son inéditos.

---

DIRECTORES :

DR. IVAN CORREA ARANGO  
Rector

DR. JULIO ARIAS ROLDAN  
Decano

---

CONSEJO DE REDACCION:

Supervisor

DR. LUCRECIO JARAMILLO VELEZ

OCTAVIO LOPERA VARGAS

ERNESTO MONTOYA CASTAÑO

JAVIER HENAO HIDRON

# GENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS

## MESA DIRECTIVA:

Presidente: Luis Alfonso García

Vicepresidente: Carlos Fonseca Mejía

Fiscal, Guillermo Llano Duque

Secretario: Silvia Gómez Salazar



---

## MIEMBROS DE NUMERO.

Aguirre Julio

Alvarez Marta Rocío

Baena Lía

Ballesteros Gabriel

Barrientos Guillermo

Castaña Román

Cuartas Socorro

Cusse A. Jorge

Escobar Luis Antonio

Espinosa Gustavo

Henaó Javier

Hernández Sofía

Lopera Octavio

López Humberto

Merino Gustavo

Molina Oscar

Montoya Ernesto

Pereira Luis

Restrepo Esther

Ruiz Jorge Eliécer

Sabas Santiago

Serna Humberto

Serna Rómulo

Santamaría Israel

Tamayo Javier

Tascón Pedro

Tobón Edgar

Vanegas Mauro

Vélez Hernando

Vélez Otto



## SOCIOS HONORARIOS DEL CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS

(Desde su fundación hasta nuestros días).

Agudelo Gregorio  
Agudelo Joaquín  
Aguirre Campo Elías  
Arango Dionisio  
Arango José Luis  
Bernal José Miguel  
Betancourt Félix  
Botero Julio E.  
Cardona Santa Francisco  
Cock Arango Alfredo  
Cock Arango Víctor  
Cock Zacarías  
Córdoba Medina David  
Cuartas Isaias  
Duque Rafael H.  
Echeverri D. Jesús  
Escobar Isaza Roberto  
Gallego Romualdo  
Gartner Jorge  
Gil J. Gil  
Gómez José J.  
Gómez Pedro Claver  
González Gómez Eudoro  
Hernández José J.  
Holguín Carlos A.  
Jaramillo Bernardo, Pbro.  
Jaramillo Vélez Lucrecio  
López Libardo  
Macía José

Marulanda Jesús María  
Martínez Juan E.  
Mejía Alvarez Luis M.  
Molina José Luis  
Mora Vásquez J. M.  
Moreno Hernando  
Moreno Jaramillo Miguel  
Moreno R. Otto  
Múnera José Urbano  
Ocampo Manuel  
Ossa Salvador  
Palacio Joaquín  
Pardo Antonio J.  
Pérez Francisco de Paula  
Ramírez Clodomiro  
Ramírez Urrea J.  
Restrepo Carlos E.  
Restrepo Jaramillo Gonzalo  
Restrepo Lisandro  
Serna Eleuterio  
Tobar Francisco E.  
Tobón Lázaro  
Toro Manuel M.  
Uribe E. Carlos  
Uribe E. Lázaro  
Vásquez Angel Martín  
Vélez Fernando  
Villegas Agustín  
Yepes Jesús María

## TRABAJOS JURIDICOS



# LA FILOSOFIA DEL DERECHO EN MEXICO

*Por el Dr. B. Mantilla Pineda*

Conferencia leída por el autor en la Biblioteca Pública Piloto de Medellín, como contribución a la Semana Cultural Mexicana. - Septiembre de 1958.

Muchos son los factores que hacen de México un país de vanguardia en la América Hispana. Su población preponderantemente indígena y mestiza muy propensa a la exaltación nacionalista, su pasado pre-colombino misterioso y cruento que hunde sus raíces en la aurora de los tiempos y que condiciona medianamente su presente, su trayectoria política convulsionada y dramática a partir de su independencia de España, su vida espiritual intensa y dinámica en varios órdenes de la cultura y su posición fronteriza junto a la poderosa civilización anglo-americana, son algunos de los factores más importantes que determinan su carácter y destino y le colocan en situación especial en el mapa del Continente.

La vida espiritual mexicana, sin ser autóctona por razones que sería demasiado prolijo enumerar, se manifiesta con caracteres relevantes en productos tales como la organización política y jurídica, la moral, el arte, la religión, la ciencia y la filosofía. De conformidad con el tema enunciado, nos proponemos en esta conferencia destacar uno de esos productos espirituales condimentados con las más puras esencias del pueblo mexicano: la filosofía del derecho.

## I - EL PROCESO DE LAS GENERACIONES

Leopoldo Zea, el joven filósofo mexicano, en dos libros llenos de enjundia: *El positivismo en México* y *Apogeo y Decadencia del positivismo en México*, se ha ocupado, con un gran sentido del proceso de las generaciones, de la historia de las ideas y la cultura en su propio país. El cuadro central de su historia es el positivismo bajo dos fases: la educativa y la política, pero junto a él aparecen también el liberalismo ja-

cobino y las nuevas tendencias filosóficas que hicieron eclosión definitivamente a principios del siglo veinte y exactamente en 1907.

En orden cronológico tenemos primero la generación del liberalismo jacobino que había conquistado y asegurado el poder político revolucionariamente. La generación liberal de la Constitución de 1857. Integraban dicha generación Valentín Gómez Farías, Benito Juárez, Miguel Lerdo de Tejada, José María Iglesias, Melchor Ocampo, Ignacio Ramírez, Guillermo Prieto, Altamirano, Ortega González, etc. Su figura central era Juárez por muchos conceptos. Era el símbolo de la raza indígena vencida en la conquista y vejada duramente durante tres centurias en la colonia española, pero al mismo tiempo altiva, rebelde, indómita que reconquistaba la dirección política de su destino. "Juárez, ha escrito Justo Sierra, tenía la gran cualidad de la raza indígena a que pertenecía, sin una gota de mezcla: la perseverancia... Era un hombre; no era una intelectualidad notable". Como Abraham Lincoln, como Marco Fidel Suárez y como Domingo Faustino Sarmiento, Juárez ascendió a la primera magistratura de su patria por su propio valor personal, habiendo partido de la oscuridad del villorrio y la entraña del pueblo. Juárez, el indio de pórfido y bronce, es también el héroe epónimo de la Reforma mexicana. Salve Democracia de América que exaltas a tus hijos por sus virtudes cívicas, sin miramientos de raza, clase social y fortuna!

Como tributo de elemental justicia a hombre tan batallador y leal a su raza y pueblo, Justo Sierra, insigne historiador mexicano, ha resumido la obra y el carácter de Juárez, en las frases lapidarias siguientes: "A través de la Constitución y la Reforma veía (Juárez) la redención de la república indígena; ese era su verdadero ideal, a ése fue devoto siempre; emanciparla del clérigo, de la servidumbre rural, de la ignorancia, del retraimiento, del silencio, ese fue su recóndito y religioso anhelo; por eso fue liberal, por eso fue reformista, por eso fue grande; no es cierto que fuese un impassible, sufrió mucho y sintió mucho; no se removía su color, pero sí su corazón; moralmente es una entidad que forma vértice en la pirámide oscura de nuestras luchas civiles. En comparación suya parecen nada los talentos, las palabras, los actos de los próceres reacteres: ellos eran lo que pasaba, lo que se iba; él era lo que quedaba, lo perdurable, la conciencia".

En segundo lugar tenemos, siguiendo el orden cronológico, la generación positivista. La filosofía positiva de Augusto Comte, John Stuart Mill y Herbert Spencer y especialmente del primero, repercutió profundamente en la vida espiritual de algunos países de América Latina. Así en México, Brasil y Chile, para no citar sino los casos más prominentes. El positivismo en México agita y conmueve la educación y la

vida estatal para rescatarlas de la anarquía; en el Brasil concibe, gesta y proclama la República; en Chile se adueña de la educación pública. Como reliquia del positivismo queda en Río de Janeiro el templo de la Humanidad, el único templo positivista que haya tal vez en Suramérica. En Chile la "Fundación Juan Enrique Lagarrigue" propaga todavía la filosofía positiva, profesada fervientemente por los hermanos Lagarrigue, discípulos de Comte.

La filosofía positiva de Augusto Comte tuvo en México como principal adalid a Gabino Barreda. El la introdujo y divulgó con el fervor de apóstol. Y en su derredor se agruparon las unidades más sobresalientes de la intelectualidad mexicana. "En México, dice Leopoldo Zea, Gabino Barreda no presentó del positivismo más que el aspecto filosófico, puesto al servicio de la educación. El aspecto político del comtismo fue conscientemente callado. Es cierto que se presentó a la filosofía positiva como un instrumento al servicio del orden social de México; pero este orden era derivado del orden intelectual de los educandos: *ordenando al hombre se ordenaba la sociedad*. Los discípulos de Barreda serían los encargados de formar un partido político que, basándose en la filosofía positiva, se enfrentase al partido liberal, arrancándole el poder".

Integraban la generación positivista Justo Sierra, Francisco G. Cosmes, Eduardo Garay, Telésforo García, Santiago Sierra, Miguel S. Macedo, Casasús, Limantour y algunos más. Como órgano de difusión de sus ideas fundaron un periódico titulado "La Libertad". Inspiraba su actividad política la divisa comtiana: Orden y Progreso. Abogando por el orden criticaban la libertad absoluta, lindante con la anarquía, afirmada por el liberalismo jacobino, y contemporizaban con una nueva forma de conservadorismo que proclamaron abiertamente. Y abogando por el progreso exaltaban la ciencia en sentido positivo, una ciencia dogmática por cierto. El orden no les comprometía con el viejo conservatismo ni el progreso con el liberalismo que combatían enconadamente. El positivismo mexicano es políticamente una mezcla extraña de tradicionalismo y progresismo.

Finalmente tenemos la generación antipositivista que entró en acción en 1907. Estaba integrada por jóvenes promisorios: Antonio Caso, José Vasconcelos, Pedro Henríquez Ureña, etc., que se asociaron bajo el nombre de "Ateneo de la juventud". Con el correr de los tiempos los tres nombres citados han llegado a ser figuras de relieve continental: Caso en la sociología, Vasconcelos en la filosofía y Henríquez Ureña en la historia del pensamiento latino-americano. Este último no era mexicano; procedía de Santo Domingo. En las lides del espíritu, los latino-a-

americanos felizmente no reconocemos fronteras. Henríquez Ureña fue en vida y sigue siendo en la historia un dominicano continental. Ha animado la cultura nuestra en México primero y luego durante mucho tiempo en Argentina. El panamericanismo genuino es tarea de intelectuales. Lo fomentaron el venezolano Andrés Bello y el argentino Sarmiento en Chile, el puertorriqueño Eugenio de Hostos en Perú, el nicaragüense Santiago Argüello y el cubano Martí en Guatemala, el ecuatoriano Vicente Rocafuerte en México, los peruanos Haya de la Torre y Luis Alberto Sánchez en casi todos los países americanos, el colombiano Baldomero Sanín Cano en Argentina, etc., etc. Nuestros poetas, nuestros prosistas, nuestros filólogos y nuestros filósofos son continentales: Rubén Darío, José Enrique Rodó, Rufino José Cuervo, Enrique José Varona.

“Así como la generación positivista, dice Leopoldo Zea, no pudo entender a la vieja generación liberal, en la misma forma la nueva generación no va a poder entender a la generación formada en el positivismo. Ahora, a pesar suyo, la generación formada por Barreda se encuentra con una generación que no acepta sus postulados filosóficos, una generación que encuentra insoportable al positivismo y escapa de él por múltiples caminos. Sin faltar respeto a sus mayores, la nueva generación inicia una campaña contra el positivismo. La inquietud y con ella la inconformidad se adueña de la juventud”.

Antonio Caso fue el primero en abrir fuego contra el positivismo en una célebre conferencia leída en el local del “Ateneo de la juventud”. Henríquez Ureña dice que con Caso “la libre investigación filosófica, la discusión de los problemas metafísicos, hizo entrada de victoria en la Universidad”. Caso había iniciado su formación intelectual bajo la dirección positivista, pero pronto la abandonó dándose cuenta de sus limitaciones en el campo del conocimiento tanto científico como filosófico. Partiendo del positivismo anduvo la poderosa mentalidad de Caso por las nuevas vías del criticismo neo-kantiano, del intuicionismo emocional de Bergson, del intuicionismo intelectual de Husserl, de la teoría de los valores, de la filosofía de la vida y del personalismo, ansiosa siempre de luz y perfección, como romántica y ecléctica que era en el fondo. Samuel Ramos, uno de sus discípulos, dice que Caso “es un gran filósofo en el sentido de haber sido un intérprete original, que refundió pensamientos ajenos dándoles nuevos matices y formas, gracias a la acción de su vigorosa personalidad”.

La Universidad de México fundada en 1553 por ordenanza real, había sido disuelta en 1833 por Valentín Gómez Farías, adalid del liberalismo jacobino. Justo Sierra, la segunda gran figura del positivismo

mexicano junto a su fundador Gabino Barreda, había rehecho la Universidad juntando sus escuelas dispersas, orientando sus primeros pasos, inaugurando su nueva vida. Antonio Caso, bajo la inspiración de nuevos ideales, iniciaba en 1910 una nueva era de la Universidad Mexicana. “En 1910 el éxito coronaba los esfuerzos de esta generación, dice L. Zea: la filosofía metafísica, como la llaman los positivistas, entraba en la Universidad”. La Universidad Autónoma es hoy el centro de donde irradia la alta cultura mexicana.

José Vasconcelos en su conferencia: “Don Gabino Barreda y las ideas contemporáneas”, justifica su crítica al positivismo. También él, como Caso, había iniciado su formación espiritual bajo la filosofía positiva, rompiendo luego sus coyundas. Vasconcelos es emoción, pasión, torbellino. Su temperamento y pensamiento son la antípoda del positivismo. Plotino, Bergson y San Agustín son sus genios paralelos. Ha trajinado todas las culturas: antiguas y modernas, orientales y occidentales, y todas las filosofías: de Pitágoras a los Vedas y de Orígenes a Nietzsche, en búsqueda febricitante de verdad, antes de anclar en la mística franciscana, mística cósmica y universal como toda mística fidedigna. Para él la filosofía no ha sido jamás razonamiento frío, calculador, sino siempre pensamiento emocionado, expresión estética, comunión religiosa. Hoy su espíritu transpira profunda religiosidad. Su filosofía es teológica. No en vano ha recorrido la senda del divino Platón. La vejez, decía Platón, es religiosa, no porque haya aprendido a temer, sino porque sabe amar.

En la conferencia citada, Vasconcelos revela una profunda comprensión de la vida histórica de las ideas, de las potencias creadoras del espíritu y del relevo inevitable de las generaciones. “Si las generaciones de hombres pudiesen mirar a las generaciones que les suceden, dice, habrían de mostrar predilección orgullosa por los que llevan su doctrina más allá de los límites originales o sinceramente reniegan si algo nuevo los exalta más”. El espíritu saca fuerzas de la flaqueza. La esterilidad del positivismo en su momento de decadencia provoca la reacción fecundante de nuevas ideas y valores. Al hombre cansado y escéptico, sucede el hombre del ideal animoso y pletórico de ensueños.

Henríquez Ureña participó en el ciclo de conferencias del Ateneo de la juventud con el estudio titulado: La obra de José Enrique Rodó, estudio en el cual criticó la pedantería científica de moda entonces y elogió el pensamiento y estilo personales del insigne autor de “Ariel”. Rodó, como es sabido, inauguraba en América Latina un espíritu nuevo en rebelión abierta contra toda suerte de pragmatismo y positivismo. A

Calibán, símbolo de la materia y sordidez, oponía Ariel, símbolo alado del espíritu. En su mensaje revivía el genio latino soñador y quijotesco. Spencer y Darwin eran sustituidos en la dirección espiritual de la juventud hispano-americana por Renán y Bergson.

La generación antipositivista de México tiene el doble mérito de haber roto las coyundas que ataban la inteligencia al carro triunfal del comtismo, por un lado, y de haber estimulado a la juventud estudiosa de manera efectiva, por otro. En México, bajo el impulso y la inspiración de la generación antipositivista otorgados generosamente, hizo eclosión una verdadera pléyade de talentos filosóficos: Eduardo García Máynez, Samuel Ramos, Romano Muñoz, Francisco Larroyo, Leopoldo Zea, etc. Varios de estos jóvenes inteligentes y entusiastas tuvieron la oportunidad de viajar a Europa, disfrutando de becas del Estado, para hacer estudios académicos de filosofía en las universidades alemanas más famosas. De esta manera, la filosofía mexicana de hoy se ha vuelto filial de la gran filosofía alemana.

El movimiento filosófico mexicano de las generaciones actuales, ha sido reforzado con el contingente español que emigró a tierras aztecas después del naufragio de la última República española. Integraban ese contingente José Gaos, Joaquín Xirau, Luis Recaséns Siches, José Medina Echavarría, Eugenio Imaz, Wenceslao Roces, Eduardo Nicol, Juan Roura Parella, etc. El grupo selecto de españoles de la diáspora, que honraría a cualquiera cultura histórica, llegaba a México imbuído de las filosofías europeas vigentes: El historicismo de Dilthey y Eduardo Spranger, la filosofía fenomenológica de Husserl, la filosofía de los valores de Scheler y Nicolai Hartmann, el existencialismo de Martín Heidegger, pero sobre todo, como presente de la España republicana al México democrático, la filosofía de la razón vital de José Ortega y Gasset.

## II - EL DERECHO NATURAL RACIONALISTA.

La filosofía del derecho en el pasado fue principalmente derecho natural. En Aristóteles y los estoicos, en Cicerón y San Agustín, en Santo Tomás de Aquino y Francisco Suárez, en Hugo Grotio y Rousseau, la filosofía del derecho es derecho natural, pero de tres modalidades. En los griegos y romanos el derecho natural tiene como fundamento la naturaleza humana, en los padres de la Iglesia y filósofos escolásticos divina de Dios y en los filósofos modernos de Grotio o Rousseau en la razón. El derecho natural racionalista fue la filosofía jurídica oficial de la Independencia de los Estados Unidos de Norte-américa y de la Revolu-

ción francesa primero y del liberalismo después. La Independencia de Hispano-américa se hizo también con la misma filosofía jurídica. La constitución de sus naciones la reflejan claramente. Pero una vez estructurados los partidos políticos, el derecho natural racionalista pasó a ser la filosofía exclusiva del liberalismo. El conservatismo restauró como filosofía jurídica suya el derecho natural teológico de los teólogos españoles Vitoria y Suárez, que no es otro que el de Santo Tomás de Aquino.

La generación liberal mexicana estaba imbuída fanáticamente de la filosofía de la Ilustración francesa. Justo Sierra llama a Melchor Ocampo, Rousseau, a Ignacio Ramírez, Diderot y a Altamirano, Danton. Su filosofía del derecho se funda en los principios revolucionarios de la libertad y la igualdad de los hombres. La Constitución mexicana de 1857 reproduce los principios del derecho natural racionalista contenidos en la Declaración de Independencia de Estados Unidos de Norte-américa y en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano votada por la Asamblea francesa de 1789, Manifestaciones de la libertad consagradas en dicha carta son también: la libertad de enseñar, de trabajar, de emitir ideas, de imprenta, de petición, de asociación, etc.

## III - EL POSITIVISMO JURIDICO

La filosofía positiva desconoce la filosofía especulativa bajo sus dos formas de metafísica y teología. Según la ley de los tres estados o estadios trazada por Augusto Comte, la filosofía positiva es propia del tercer estado de progreso intelectual y social del hombre. Es una filosofía permanente del porvenir. Su método general de todo conocimiento es la observación, la comparación, la inducción y la experimentación. Pide hechos antes que ideas, leyes inductivas antes que principios a priori. La ciencia está ordenada jerárquicamente desde las matemáticas hasta la sociología. En realidad la filosofía es sustituida por la ciencia o cuando más reducida a un papel secundario de coordinación del conocimiento científico.

Aplicada al campo concreto del derecho, la filosofía positiva significa el desconocimiento del derecho natural sin distinción de modalidades y la reducción del derecho a hecho social. El positivismo jurídico estricto es el llamado "positivismo sociológico". En las demás especies de positivismo jurídico entran en juego elementos extraños a la filosofía positiva. Para la filosofía positiva no hay más ciencia social que la sociología. Ni el derecho ni la economía ni la ciencia política eran ciencias en concepto de Comte. No hay filosofía del derecho sino sociología jurídica. El derecho es un hecho social.

La posición de Justo Sierra en materia jurídica expone exactamente el positivismo jurídico sociológico. Califica el derecho natural de "metafísica de los derechos absolutos". La libertad y la igualdad del evangelio revolucionario no son sino conquistas del hombre y la sociedad. Reproduzcamos sus propias palabras: "La libertad, la supresión de los grupos privilegiados y la equiparación de derechos ante las urnas electorales, que es la democracia, que es la igualdad, no son obra de la naturaleza, son conquistas del hombre, son la civilización humana; provienen de nuestra facultad de intervenir por medio de la voluntad en la evolución de los fenómenos sociales como elemento competente de ellos; no son dogmas, no son principios, no son derechos naturales, son fines, son ideales que la parte selecta de la humanidad va realizando a medida que modifica el estado social, que es obra de la naturaleza y de la historia".

Fuera de las posturas personales respecto del derecho, el positivismo mexicano no ha creado en materia jurídica algo parecido siquiera a la obra de los positivistas brasileiros: de un Francisco Pontes de Miranda o de un Pedro Lessa.

#### IV - LA FILOSOFIA JURIDICA NEOKANTIANA.

En puridad de verdad sólo cabe hablar de filosofía del derecho en México a partir de los neokantianos Francisco Larroyo y Guillermo Héctor Rodríguez. En Europa misma la filosofía del derecho en sentido estricto comienza con el neokantismo de Stammler, si exceptuamos la figura colosal de Hegel. La filosofía jurídica contemporánea arranca de Stammler y aun la restauración del derecho natural tan duramente combatido por el positivismo.

Larroyo estudió en Alemania. Es partidario de la escuela neokantiana de Baden. Ha traducido al castellano y editado la famosa "Historia de la filosofía" de Wilhelm Windelband, jefe del neokantismo badense. En polémica con José Gaos, Francisco Romero, Medina Echavarría y el finado Joaquín Xirau, ha defendido su posición filosófica en contra de la tendencia fenomenológica. Larroyo es en filosofía general el exponente principal del neokantismo lógico en nuestra lengua. Ha creado un ambiente propicio para el conocimiento y recepción de la filosofía jurídica que mantiene contacto con la filosofía de la cultura y de los valores del neokantismo badense, esto es, de Radbruch, M. E. Mayer y su iniciador Emil Lask.

Guillermo Héctor Rodríguez sigue la tendencia de la escuela neokantiana de Marburgo, comandada por Hermann Cohen y Paul Natorp, maestros de José Ortega y Gasset cuando estudió en Marburgo y militó

en el neokantismo. En filosofía general, Rodríguez rechaza todas las tendencias intuicionistas, irracionalistas, románticas y vitalistas. En filosofía del derecho sigue a Rodolfo Stammler y Hans Kelsen, ambos autores adictos y exponentes del logicismo marburgiano. Su obra "Ética y jurisprudencia" refleja claramente su fobia irracionalista y su adhesión a los principios fundamentales del neokantismo y del formalismo kelseniano, por ejemplo, a la distinción básica entre "ser" o "naturaleza" y "deber ser" o "valor".

#### V - LA LOGICA JURIDICA FORMAL.

El filósofo del derecho de renombre continental es Eduardo García Máynez. García Máynez estudió filosofía en Alemania con Nicolai Hartmann y derecho en Austria con Alfred von Verdross, compañero de Hans Kelsen y fundador con éste del círculo de Viena, aunque recientemente haya evolucionado hacia otra dirección. La obra filosófica y jurídica de García Máynez es muy respetable. Su texto de "Ética", en la que sigue a su maestro N. Hartmann, lleva siete ediciones. Su contribución original a la filosofía del derecho está sin duda en su "lógica jurídica formal" de la cual van publicados dos volúmenes y aparece anunciado el tercero. Además ha traducido al castellano tratados jurídicos como la teoría general del Estado de Jellinek, la teoría del Estado de Kelsen, El concepto y las formas fundamentales del derecho de Fritz Schreier y la sociología del derecho de Max Weber.

Inspirado en la fenomenología de Edmundo Husserl, en la lógica formal de Alejandro Pfänder y en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, ha elaborado García Máynez en gran parte una lógica jurídica formal. En el primer volumen de su obra sobre esta materia se ocupa de los principios lógicos aplicados al derecho y de axiomática jurídica. Expresamente sólo hay referencias en las obras jurídicas de Hans Kelsen al "principio jurídico de contradicción" e implícitamente al de razón suficiente, pero ninguna a los principios de identidad y de tercio excluído. Para comprender la novedad y utilidad de estos estudios, "es importante percatarse, según palabras de su autor, de que no se trata de una aplicación, al campo del derecho, de las leyes supremas de la lógica pura. Mientras las últimas se refieren a juicios enunciativos, y afirman o niegan algo de su verdad o falsedad, los otros principios aluden siempre a normas, y afirman o niegan algo de su validez o invalidez. Aquéllas pertenecen, por ende, a la lógica del ser; éstos, a la del deber ser jurídico". En el segundo volumen estudia los juicios normativos desde el punto de vista de su validez, cualidad, cantidad, relación y modalidad. En los vo-

lúmenes por venir tratará seguramente del concepto y del raciocinio jurídicos.

#### VI - EL DERECHO UNA FORMA DE VIDA HUMANA OBJETIVADA.

Su autor es Luis Recaséns Siches, quien arribó a México hace 20 años en busca de libertad. Republicano convencido, ha condenado el falangismo, consecuencia inevitable de la barbarie nazi-facista. En México ha continuado ascensionalmente su vocación de filósofo del derecho y de pensador egregio. A sus valiosas producciones de juventud realizadas en Europa, ha añadido el fruto maduro de sus investigaciones y meditaciones originales. En filosofía jurídica ha producido una obra medular: "Vida humana, sociedad y derecho". Lleva dos ediciones castellanas y una versión y edición inglesa. Hace dos años ha publicado una contribución más a la filosofía jurídica. Se titula: "Nueva filosofía de la interpretación del derecho".

Recaséns Siches define el derecho como una forma de vida humana objetivada. Su punto de partida es la filosofía de la razón vital de Ortega y Gasset. Dentro de tal perspectiva encuentra el derecho como una forma de vida humana objetivada, constituido por un conjunto de ideas que son normas para la conducta social. El concepto y las formas fundamentales del derecho pertenecen a la teoría fundamental del derecho, donde aparece su pensamiento bastante influenciado por Kelsen. El estudio de la justicia y de los demás valores jurídicos es materia propia de la estimativa jurídica. En esta parte de su obra exalta la libertad y la persona humana y condena valientemente las doctrinas que las menoscaban y los sistemas políticos que las atropellan. Su lucha por la libertad y la dignidad humana es una experiencia personal que enaltece su pensamiento.

#### VII - NUEVAS RUTAS DEL DERECHO.

Genaro Salinas Quiroga, profesor en la Universidad de Monterrey, ha publicado en 1942: "Las nuevas rutas del derecho", donde estudia compendiosamente las principales doctrinas filosófico-jurídicas de la tendencia fenomenológica y las figuras representativas del neokantismo marburgiano: Jorge del Vecchio y R. Stammler, y del humanismo trascendental: Luis Recaséns Siches. Salinas Quiroga, en reportaje por correspondencia concedido a Julio Aguirre, estudiante de derecho de la Universidad de Antioquia, ha precisado sumariamente su concepto de la filosofía jurídica. Es una disciplina que estudia el derecho desde tres puntos de vista: el del ser u ontológico; el del deber ser o deontológico y el del conocimiento o epistemológico.

#### VIII - RETORNO DEL DERECHO NATURAL.

El derecho natural teológico nunca ha estado ausente, especialmente en los autores católicos. Sin embargo, en los círculos académicos cobra a veces más actualidad que en otros tiempos. Sin duda a causa de esto Heirich Rommen ha hablado "del eterno retorno del derecho natural". En México lo ha actualizado un vigoroso pensador: Rafael Preciado Hernández. Este es autor de unas "Lecciones de filosofía del derecho" publicadas en 1947. Joseph L. Kunz dice que, aunque situado en la línea de la ortodoxia neo-tomista, es un libro moderno". En filosofía es notoria la influencia de Maritain, Garrigou-Lagrange y Max Scheler, y en derecho la de Corts Grau, Francisco Geny, Le Fur, Dabin, Renard y Delos.

Como tesis principal, Preciado Hernández expone la teoría tomista de la ley: eterna, natural, positiva divina y positiva humana. La ley natural es la participación racional de la criatura en la ley eterna. La ley positiva humana o derecho positivo constituye la aplicación de los principios del derecho natural a una materia social concreta. La filosofía del derecho tiene por objeto el derecho en su totalidad, tanto natural como positivo. Admite la división de la filosofía jurídica en ontología, lógica y axiología, pero rechaza la separación que el neokantismo hace entre la ontología y la axiología jurídicas. Para él no hay posibilidad de un derecho injusto. Los tres valores jurídicos fundamentales son: el bien común, la seguridad —que no debe confundirse con la certeza jurídica— y la justicia. La paz y el orden son valores derivados. El bien común y la seguridad son valores subordinados, ya que el valor jurídico supremo es la justicia.

#### IX - OTROS HOMBRES Y NOMBRES.

Este breve esquema de la filosofía del derecho en Méjico compuesto apresuradamente y sin tener a mano todas las fuentes necesarias, sólo pretende informar a Uds. cómo el noble y valeroso pueblo azteca hunde su cabeza en meditaciones profundas y desinteresadas para vivir de acuerdo con las exigencias más elevadas de la vida espiritual. Muchos otros hombres y nombres hay dignos de mención y elogio por su lucidez de espíritu y su caudal de sabiduría, por ejemplo: Mario de la Cueva, Rafael Rojina Villegas, Guillermo García Máynez, Juan José Bremmer, etc., etc. Sirvan, pues, las nobles inteligencias mexicanas de ejemplo y dechado a la juventud colombiana inteligente y briosa para buscar sin desmayo el esclarecimiento filosófico de la esencia del derecho.

## EL DELITO DE ESTAFA

Por el Dr. Bernardo Botero Mejía,  
Magistrado del Tribunal Superior  
de Medellín.

La Estafa, conocida también especialmente en la doctrina con el nombre de Estelionato, es uno de los más complejos delitos contra la propiedad. No sólo por las distintas concepciones que de ella se tienen para señalar el momento efectivo de su consumación (instante en que se toma la disposición patrimonial perjudicial, con independencia de la obtención de un beneficio indebido, según Soler), o en que se consigue el provecho injusto y se verifica el perjuicio ajeno —como piensa Maggiore—, sino por las exigencias doctrinarias y de legislación positiva referentes al artificio, al engaño, etc. como medio de inducción al error de la víctima, propios para determinarla a la realización de actos nocivos para su patrimonio.

Para desentrañar el significado preciso de los elementos tipificadores del delito de Estafa contemplado en el artículo 408 del C. Penal, es indispensable remontarse a las fuentes que lo inspiraron y seguir las fielmente para evitar confusiones provenientes de otros principios vigentes en otras legislaciones.

En el acta N<sup>o</sup> 203 correspondiente a los trabajos de la comisión que elaboró el estatuto penal sustantivo y al discutir el capítulo relacionado con “la estafa, del abuso de confianza y otras defraudaciones”, se hicieron estas consideraciones:

“Art. 9<sup>o</sup> - Al que por medio de artificios o engaños o induciendo a otro en error se procure para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio del engañado o de un tercero, se le impondrá prisión de seis meses a siete años...”

“El doctor Lozano observa que la denominación del capítulo debe variarse porque el abuso de confianza debe formar un capítulo separado, ya que la configuración de este delito es muy distinta de la de la es-

tafa. Por otra parte esta distinción ha sido aceptada en todas partes, y de modo especial en Colombia, donde la distinción entre estos dos fenómenos delictuosos ha sido estudiada con mucho cuidado por nuestra jurisprudencia. Esta es una de las pocas materias en que se han hecho trabajos jurídicos de alguna significación. En cuanto al artículo, estima que es demasiado amplio porque según la redacción bastaría el inducir a otro en error, aunque no hubiere artificio o engaño para que se incurra en la pena allí prevista, y en tales circunstancias habría que aplicarles prisión a casi todos los ciudadanos, toda vez que en el comercio generalmente se induce en error al comprador ponderando o exagerando la calidad de los artículos. Por otra parte es muy difícil, sino imposible, separar el error en que incurra la víctima del artificio o engaño empleado por el agente del delito. Observa también que la expresión “se procure para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio del engañado o de un tercero” es redundante, porque basta que se procure un provecho el agente, ya sea directamente, ya sea para otra persona...”

En armonía con estas ideas presenta la siguiente fórmula, que es aprobada: “Artículo. El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, se le impondrá presidio por seis meses a siete años y sanción pecuniaria de diez a dos mil pesos”.

Los mismos elementos esenciales para la tipificación del delito que en este artículo se discriminaron, son los que hoy corresponden al artículo 480 del C. Penal.

Si se repara con un poco de cuidado la manera en que la legislación penal italiana regula esta materia, se llega a la conclusión lógica de que esa es la fuente tomada por la Comisión para determinar las normas referentes a la Estafa.

El art. 640 del estatuto penal sustantivo de ese País relaciona el delito de Estafa con estos términos: “El que, induciendo a error a alguna persona por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para otros un provecho injusto con perjuicio ajeno, será castigado con reclusión de seis meses a tres años y con multa de quinientas a diez mil liras...”

La única diferencia que se aprecia entre los dos artículos consiste en que, el 640 habla de obtención de un provecho para sí o para otros, explícitamente, mientras que el 408 implícitamente reconoce esa circunstancia. Además, que el primero se refiere a provecho injusto y el Colombiano al provecho ilícito. Este último elemento citado trae consecuencias muy distintas en las legislaciones, pues lo injusto es bastante diferente a lo ilegítimo o ilícito, porque puede conquistarse un provecho

ilícitamente sin que sea injusto y por ello no desaparecería en la legislación de nuestro país el delito de Estafa.

Vamos entonces a tratar de desentrañar y fijar el significado preciso de los distintos elementos que se requieren para poder hablar del delito perfecto de la estafa.

#### 1º - DESPLIEGUE DE ARTIFICIOS O DE ENGAÑOS PARA INDUCIR EN ERROR A UNA PERSONA.

El artificio y el engaño exigidos por el código como los medios determinantes del error de la víctima, por lo que se dijo en la Comisión y por lo que sustenta con muy buenos argumentos la doctrina penal, no puede identificarse con la simple mentira. Es cierto que implícitamente se encuentra en ellos, pero también que necesita de cierta aparatosidad escénica—sin ser exagerada—para que pueda convertirse en uno de esos elementos y ser idónea en la inducción al error y permitir así que se tipifique el delito.

Por eso, el gran maestro Carrara, en el número 2344 de su “Programa”, escribe y enseña ésto:

“En sustancia, se distinguiría entre mentira y artificio. La mentira no es delito, porque nadie debe creer con facilidad en las palabras de otro. Si cree en ellas, impúteselo a sí mismo; y reclame (si cae en error) de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos. Pero el artificio, cuando no tiende solamente a una burla inocente sino a un injusto despojo, proporciona las condiciones objetivas del delito; y para que exista artificio no basta el solo discurso, aunque sea elocuente, estudiado y persuasivo, si además de las palabras mendaces no se ha ejecutado alguna cosa que compruebe las falsas afirmaciones...”

Y en el N° 2345, expresa: “... La mise en scène no es una fórmula empírica, no indica una materialidad que no tenga sentido jurídico. Muy por el contrario, la mise en scène completa el elemento subjetivo y el elemento objetivo de la criminalidad; el elemento subjetivo porque muestra una mayor astucia, una mayor pertinacia de la voluntad criminal, un hombre más temible para la sociedad; completa el elemento objetivo porque las apariencias exteriores construídas para acreditar la palabra mendaz hacen más excusable la credulidad de la víctima y agregan al hecho un daño mediato que no surgiría respecto de quien hubiese creído en la sola palabra de un desconocido...”

Los doctrinantes modernos aun cuando le formulan reparos aceptables al rigor de la teoría francesa admiten que, excepcionalmente, la mentira puede fundamentar la imputación por el delito de estafa cuando

se han verificado las otras condiciones o circunstancias propias para la tipificación del ilícito.

Soler, en su tratado de Derecho Penal Argentino, página 333, escribe al respecto: “La teoría del ardid constituye el punto central de la teoría de la estafa.

“Ardid es el astuto despliegue de medios engañosos”.

“La disposición de nuestra ley según hemos visto, contiene una larga enumeración de medios, pero concluye refiriéndose, en general, a cualquier ardid o engaño; pero sin definir este término. Sin embargo, esa manera de construir la ley, a falta de una definición exacta, permite tomar los distintos enunciados para delimitar el concepto del ardid.

“Del examen complejo de esas disposiciones se deduce que para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante”.

Y al referirse a la doctrina francesa y al rechazo que de la simple mentira se hace para considerarla como un ardid, dice: “La cuestión debe plantearse exclusivamente con el alcance que hemos señalado, esto es, el de la exigencia de un hecho exterior y en este sentido es, tal vez, equívoca la expresión mise en scène. Lo importante es distinguir la situación del que simplemente creyó de la del que fue engañado; sólo de credulidad puede quejarse el que cedió a simples palabras”.

Repárese lo que se copió de la obra de Carrara, y se verá que ninguna discrepancia sustantiva se divisa entre ellos. Los dos concluyen que, la mentira, si no está seguida de algún hecho que tienda a reforzar la para producir un falso juicio en la víctima del delito, no constituye el artificio o el ardid solicitado legalmente para imputar una estafa.

Y Maggiore en su tratado de “Derecho Penal”, comenta en la página 125 de este modo: “El artificio y el engaño reflejan la maquinación del derecho romano, empleada para engañar, embaucar y defraudar a alguno... En el fondo expresan la misma cosa: el engaño, figurado con distinta gradación de intensidad.

“Artificio” es toda estudiada y astuta transfiguración de la verdad. Y ésta puede desfigurarse, o simulando lo que no es (por ejemplo, riqueza, nombre falso, títulos, cualidades, una enfermedad que no se tiene, etc.), o disimulando, es decir, escondiendo lo que es, (como el propio estado de insolvencia, de persona casada o inhábil, o estropeando un contador para que no marque el consumo, etc.).

“También el artificio tiene grados, es decir, va desde la llamada disposición del escenario (mise en scène), en que Carrara, basándose en

la jurisprudencia francesa hacía consistir la esencia de la estafa, hasta la mentira, hasta el silencio. En efecto, no siempre es necesario el arreglo del escenario para que haya estafa; puede bastar otro artificio, cuando consigue el efecto de inducir a error; y por lo tanto, también la mentira, y en ciertos casos hasta el silencio, cuando no sólo por ley, sino por costumbre, y según la normalidad de las relaciones sociales, había obligación de hablar y de decir la verdad. . .”

“Engaño” (sinónimo de ardid, enredo, trampa, treta, artimaña), es un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a error de manera más fácil. Precisamente se diferencia del artificio por la característica de ser siempre positivo, o sea, por consistir en una acción.

“El artificio y el engaño pueden estar constituídos por hechos que concreten delitos propiamente dichos (falsedad, simulación de influencias, etc.), y por hechos lícitos que se convierten, con todo, en medios aptos para inducir en engaño”.

Es cierto que este tratadista habla de la posibilidad de cometerse el delito de estafa cuando el autor se vale de la mentira, pero no es menos que él la estima también en la categoría del artificio y éste significa en concepto de Maggiore “toda estudiada y astuta transfiguración de la verdad”. Lo que demuestra implícitamente que si la mentira puesta en juego por el delincuente no reúne las condiciones precitadas, es inoperante para tipificar el delito en mención.

Por consiguiente, en el fondo, se identifica, aun cuando expresamente no lo diga, con las tesis anteriormente citadas.

No basta, pues, la sola presencia de artificios o engaños, para que autorizadamente se concluya que existe un delito de estafa cuando una persona se ve perjudicada con ellos. No. Es fundamental, además, que ellos tengan la virtud de haber inducido en error al sujeto que realiza un acto de disposición patrimonial, es decir, que le crearon en ella un falso conocimiento y por ese mismo motivo tomó la determinación que lesiona sus intereses económicos. En síntesis, se requiere una relación de causalidad entre el artificio y el engaño con el error y la determinación nociva para la víctima.

Y tampoco es indispensable — como enseña Maggiore — que el error se deba exclusivamente a la iniciativa del culpable, porque éste puede servirse del error del paciente “como cuando el estafado va en busca del estafador para pedirle ayuda”. Muy bien dice Manzini —citado por Maggiore— “que induce a error, tanto el que crea el error mismo, como el que lo aumenta, lo consolida o de otra manera lo hace más fuerte y más invencible”.

La víctima del error según el pensamiento uniforme de los tratadistas, puede ser completamente distinta a la víctima del perjuicio. Es decir, figurar uno como engañado y como perjudicado otro.

## 2º - OBTENCION DE UN PROVECHO ILICITO

Uno de los puntos más debatidos en la doctrina penal es el que alude a si se necesita que el provecho ilícito se realice o apenas la finalidad de conseguirlo, para concluir si el delito se halla o no consumado.

Carrara se muestra partidario de la última tesis, pues al discriminar los elementos del ilícito manifiesta que no son suficientes los artificios “si el fraude no está dirigido a un fin de lucro propio o ajeno” (Nº 2354), y que, cuando el engaño ha producido su efecto inmediato, vale decir, que la persona engañada obedezca al engaño, no debe esperarse el lucro efectivo del culpable para considerar consumado el maleficio.

Idéntica opinión comparte Soler, al reconocer que la estafa se consuma desde el instante en que se verifica la disposición patrimonial, con independencia de ulteriores eventos que puedan hacer viable el provecho o lucro del agente del delito.

Con la claridad que siempre acostumbra, en la página 359 de su obra citada, escribe: “En algunas legislaciones el delito de estafa requiere como elemento constitutivo la efectiva obtención de un beneficio indebido. Esa exigencia, sin embargo, no es universal y esto determina alguna discrepancia doctrinaria.

“Entre los italianos prevalece, sin duda, la primera opinión: se suele requerir el logro de un beneficio, y el delito no está consumado hasta que no se ha producido esa circunstancia. Sin embargo, algunos consideran que no se requiere la obtención de un beneficio, sino solamente que el sujeto haya obrado con esa intención. Se trataría de un delito en el cual el sujeto debe actuar habiéndose propuesto el logro de un beneficio para sí o para un tercero; pero que se perfecciona por el solo hecho de haber determinado el perjuicio”.

“Desde luego, en ningún caso, ni aun en las legislaciones para las cuales el beneficio obtenido es un elemento indispensable para la consumación, ese beneficio puede identificarse con la adquisición de la propiedad de la cosa. La estafa de uso, reuniendo los demás caracteres (ardid, error, perjuicio) es perfectamente posible.

“Con respecto a nuestra ley, no cabe duda de que el beneficio ilícito es solamente un propósito subjetivo que debe imprimir sentido a los ardidés; pero no es necesario que el patrimonio del estafador haya efectivamente aumentado para que exista estafa. Por eso consideramos in-

correcto decir que la estafa consiste en la "adquisición fraudulenta de una ventaja".

En cambio, el legislador colombiano y el Italiano tomaron un camino opuesto, o sea que, la estafa, para que se consume, exige evidentemente la obtención del provecho ilícito; claro está que esto no es óbice para que la infracción tome la categoría del delito imperfecto en caso de faltar ese elemento y de reunirse las demás modalidades propias de esa infracción.

Ese provecho, denominado también beneficio, puede ser material o moral, es decir, se traduce en una ventaja o utilidad de esa naturaleza, bien sea para el estafador o para un tercero. Por lo tanto, no es esencial para que la estafa tenga vida que el patrimonio del autor del ilícito tenga un aumento o que el sujeto activo experimente un enriquecimiento.

Obtener un provecho equivale a conquistar un lucro y éste, siguiendo también a Carrara, "no significa un efectivo enriquecimiento, sino una ventaja o satisfacción cualquiera". (Nº 2035).

Lo que sí debe tener de todas maneras una significación económica es el perjuicio de la persona engañada o del tercero que también a consecuencia de los ardidés y fraudes lo puede sufrir.

"El daño —a diferencia del provecho— expresa Maggiore— debe ser patrimonial y económico; debe consistir en alguna disminución del patrimonio, positiva o negativa (daño emergente, lucro cesante); tiene que ser efectivo y cierto. Por esto no es daño el frustrar una mera expectativa (por ejemplo de una herencia).

Además, debe repararse en que esencialmente se exige que el provecho sea ilícito. Ya se dijo que, en el código Italiano se califica la naturaleza del provecho con el término de injusto, mientras que en el nuestro con el vocablo de ilícito. Injusto es lo que atenta contra la justicia, e ilícito lo que implica una violación de la ley. Filosóficamente consideradas las expresiones pueden no identificarse en su significación, pero jurídicamente y especialmente en el campo del derecho penal son equivalentes.

Para llegar a semejante conclusión es conveniente transcribir lo que en el diccionario de "Escriche" se expresa al comentar el significado de la palabra justicia.

*Justicia.* - "La voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece". "Lo que debe hacerse según derecho y razón".

"La justicia considerada como la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho, se puede dividir en moral y civil, universal y particular, en conmutativa y distributiva, etc."...

"Justicia moral es el hábito de dar a cada uno lo que es suyo; y justicia civil EL HABITO DE CONFORMAR NUESTRAS ACCIONES CON LA LEY. La justicia moral es una virtud, pues consiste en la voluntad firme y constante, mas la justicia civil puede no serlo PUES PASA Y ES TENIDO POR JUSTO EL QUE SE ARREGLA EN SUS ACCIONES EXTERNAS A LA LEY, aunque no tenga la voluntad constante de hacerlo así; HAY EN EL HOMBRE JUSTICIA CIVIL SIEMPRE QUE PUEDA DECIRSE QUE SU CONDUCTA NO ES CONTRARIA A LO QUE DISPONEN LAS LEYES, CUALQUIERA QUE SEA EL MOTIVO QUE LO HACE OBRAR CON RECTITUD, PUES EN EL FUERO INTERNO NADIE ES CASTIGADO POR SUS PENSAMIENTOS".

Y si la característica fundamental del derecho positivo consiste en la regulación de las relaciones sociales para obtener la armonía social, se debe partir de la base de que todo lo reconocido como lícito, se estima justo civilmente, y todo lo que se cataloga como ilícito se estima injusto civilmente.

Veamos, entonces, qué es el provecho injusto o ilícito en el delito de Estafa.

"Injusto" significa sine jure (sin derecho), es decir, que el agente no tiene ningún derecho a la prestación o a su equivalente. No hay estafa cuando la consecución del provecho es justa (como en el caso del acreedor que con artificios y trampas induce al deudor a que le entregue cuanto éste le debe o un valor equivalente...) Maggiore. P. 130).

"De la primera situación subjetiva se deduce que no puede, por cierto, existir estafa de buena fe; pero del segundo se induce que tampoco hay estafa cuando a pesar de emplearse un ardid, el fin perseguido no constituye un beneficio ilícito. El que usa ardidés para hacerse pagar algo exigible, no estafa, dijimos, porque no causa perjuicio; pero tampoco estafa el que emplea ardidés para hacerse pagar algo a lo que sinceramente se cree con derecho". (Soler. Pág. 361).

Ilícito, significa pues, sin respaldo en la ley, o mejor, en el derecho. Pero no debe confundirse cuando se habla de estafa, el medio ilícito con el provecho de la misma índole, ya que en muchos casos puede serlo el primero y no el segundo, y por eso el delito no se tipificaría.

### 3º - CON PERJUICIO DE OTRO.

Todos los expositores del derecho penal se encuentran acordes sobre la imperiosa vigencia de esta circunstancia. Es decir, en que la Estafa considerada en su consumación y por ser de daño al patrimonio, exi-

ge que se ocasione efectivamente un perjuicio a otra persona distinta del autor de la infracción.

Ese perjuicio debe ser de carácter patrimonial y económico: "debe consistir en alguna disminución del patrimonio, positiva o negativa (daño emergente o lucro cesante), y ser efectivo y cierto". (Maggiore. Pág. 130).

En forma semejante se pronuncia Soler en la página 356 de su tratado. "La estafa es un delito para cuyo perfeccionamiento se requiere la efectiva producción de un daño. Ese daño debe estar constituido o derivar directamente de la disposición patrimonial erróneamente tomada por el engañado, sea con respecto al propio patrimonio, sea en relación al de un tercero del cual puede disponer.

"Es necesario, por tanto, que la disposición tomada sea en sí misma, de carácter patrimonial. Sólo así podrá decirse que el perjuicio deriva del error. Por eso no era estafa, sino hurto, el caso del que distrajo el cajero con un ardid para tomar los billetes.

"Perjuicio patrimonial no solamente quiere decir perjuicio pecuniario; la disposición tomada puede consistir en la entrega de una suma de dinero, de una cosa, mueble o inmueble, de un derecho y también del despliegue de un trabajo que se entiende retribuido, o de un servicio tarifado. Puede también consistir en la renuncia a un derecho que positivamente se tiene. En todo caso DEBE TRATARSE DE UN VALOR ECONOMICAMENTE APRECIABLE, sobre el cual incida el derecho de propiedad en el sentido amplio en que tal derecho es entendido por la ley penal.

No constituye perjuicio —añade— lo que solamente crea el peligro de sufrirlo. "El momento relevante es aquel en que el perjuicio se produce; el daño potencial no basta".

Igualmente, Carrara, en su Programa y N° 2348, asevera que, "en sustancia una entrega —verdadera o simbólica— un despojo — de una cosa o de un derecho— es necesaria para la consumación de este delito".

Sin embargo acepta que, en muchos casos, el daño potencial equivale al daño efectivo; "cuando el engaño haya producido el resultado del despojo de un derecho, aunque no sea subseguido por la pérdida de la propiedad". Ejemplariza con el caso de la persona que, determinada por engaños y artificios compra una propiedad ajena o gravada y aun cuando todavía no hubiera hecho la entrega del precio. Pero aquí —agrega— si bien se advierte, ni siquiera puede decirse que el daño sea meramente potencial, ya que también representa un verdadero daño efectivo el haber contraído una obligación para liberarse de la cual se-

rá necesario sostener un pleito. La obligación contraída que está en estado de implícita validez, puede afirmarse que es por sí sola un daño sufrido..."

#### 4º - DOLO.

Los delitos contra la propiedad o contra el patrimonio como más técnicamente los contemplan legislaciones distintas a la Colombiana, son esencialmente dolosos. Por lo mismo, la imputación de este ilícito supone que el agente desplegó su actividad con la conciencia y voluntad de obtener para sí o para otro un beneficio o provecho ilícito en perjuicio ajeno.

El dolo es incompatible con el error y, por consiguiente, no puede atribuirse a la persona que en estas condiciones infringe la ley penal. Lógico es, por tanto, que no pueda deducirse el cargo de estafador a quien, de buena fe, creyó ejercitar un derecho aunque en la realidad no existiera.

Cuando se procede con un fin justo y se acude a un medio ilícito pero sin causar un perjuicio patrimonial ajeno, ese hecho, que aparenta ser una estafa, degenera en otro distinto conocido doctrinariamente con el nombre de ejercicio arbitrario de las propias razones, y no previsto específicamente en esa forma en la legislación colombiana.

Carrara, en el número 2357 de su Programa, alude a él de esta manera: "La cuarta proposición se demuestra con el ejemplo del ejercicio arbitrario de las propias razones: Al que siendo acreedor de otro trame un fraude sutilísimo para entrar en posesión del dinero de su deudor y pagarse, y del objeto propio para recuperarlo, nunca podréis acusarlo de estelionato o "escroquería", sino únicamente de un ejercicio arbitrario de las propias razones, si hay lugar a ello".

No obstante que, el medio sea ilícito, en el primer caso citado, el provecho no lo es, y por esa razón no se podría considerar como estafa esa conducta del acreedor, en la legislación penal del país nuestro.

Pero la situación es diferente en el segundo caso que contempla el Maestro y si se trata de recuperar una cosa dada en prenda.

En el código penal argentino se estima como un hurto impropio la sustracción que hace el deudor de la cosa entregada al acreedor prendario.

El inciso 5º del artículo 173 del estatuto penal sustantivo de esa Nación, reza: "El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o -de tercero".

Y el primero de ese artículo que considera esas situaciones como "casos especiales de defraudación".

Si el caso no fue previsto especialmente como tipificador de la estafa, cuando se presenta con todos los rasgos que jurídicamente lo identifican, quizás fue por estimarlo redundante, pero como se verá, no porque allí se piense que el delito no puede existir.

Soler, en la página 432, tomo IV de su tratado, expresa: "Claro está que un sujeto, mediante ardides, para inducir en error a alguien, puede lograr una prestación patrimonial perjudicial consistente en la entrega de algo de lo cual, en realidad, es propietario: esto es sin duda UNA ESTAFA; pero para serlo debe reunir los elementos típicos de ese delito".

Maggiore no comparte esa opinión, pero en desacuerdo con él y según las mismas citas que hace en su obra — página 131 — se hallan Manini y la Jurisprudencia Italiana.

"Pero en este último caso no hay estafa — escribe — sino sólo un ilícito civil, cuando el autor del hecho es el mismo propietario que — con artificios y engaños — vuelve a entrar en posesión de la cosa empeñada. No es concebible la estafa del propietario, como tampoco lo es el hurto del propietario sobre una cosa propia. En efecto la estafa es un atentado contra la propiedad ajena aunque se realice con medios distintos del hurto".

"La Corte de Casación ha decidido: "el que para obtener un préstamo, le entrega al acreedor, a título de garantía algún objeto de su propiedad, pero después, conseguido el préstamo recupera ese objeto contra la voluntad del acreedor prendario, y sin que él lo sepa, realizando un plan preconcebido, comete estafa y no simple incumplimiento contractual". (20 noviembre 1933, Giust, Pen, 1934).

Con todo el respeto que merece la opinión de tan ilustre tratadista, si se estudia minuciosamente el artículo 640 del C. Penal italiano ya transcrito, se llega a la conclusión de que el equívoco de la tesis del autor citado radica en que restringe demasiado el concepto de propiedad y prescinde del derecho real que se incorpora en el patrimonio del acreedor prendario, para estimar si hubo o no el perjuicio en el patrimonio ajeno, ya que este delito según esa legislación figura entre los que lesionan este último.

Para saber si se comete un delito de Estafa en Colombia, cuando se despoja del bien entregado en prenda al acreedor, mediante artificios o engaños, se hace preciso mencionar algunas de las disposiciones civiles que regulan la materia.

El art. 2409 del C. C. establece: "Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario".

"Si el acreedor pierde la tenencia — manifiesta el art. 2418 — de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido.

"Pero el deudor podrá retener la prenda pagando la totalidad de la deuda, para cuya seguridad fue constituida. Efectuándose este pago, no podrá el acreedor reclamarla, alegando otros créditos, aunque reúnan los requisitos enumerados en el artículo 2426".

Y el art. 2422 determina que el acreedor prendario "tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producto se le pague, o que a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito..."

Luego el acreedor tiene un derecho real sobre la cosa, que implica de por sí una limitación en el dominio del deudor.

Esto surge de la misma legislación civil. De acuerdo con ella, las cosas incorporales consisten "en meros derechos" y son también "derechos reales o personales" (arts. 653 y 664).

"Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad", expresa el artículo 670. Y el derecho real —según el art. 665— "es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, EL DE PRENDA Y EL DE HIPOTECA. De estos derechos nacen las acciones reales".

De modo que no está bien jurídicamente hablando desconocer que existe una propiedad —radicada en un derecho garantizado con la cosa— de carácter ajeno al que tiene sobre ella quien posee el dominio.

De la misma definición del dominio se puede colegir la subsistencia de varios derechos dignos de protección no sólo civil sino penalmente. El artículo 669 del C. C. es del siguiente tenor: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley O CONTRA DERECHO AJENO. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad".

Y si el delito de estafa se produce induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños y obteniendo un provecho ilícito con perjuicio de tercero, no puede negarse que, en el caso que se vie-

ne contemplando, habría una infracción de esa índole de acuerdo con la legislación colombiana, debido a que el deudor podría ya disponer de la cosa aprovechándose ilícitamente y ocasionando un perjuicio de carácter económico al acreedor prendario.

Quedaría por discutir, eso sí, si la transgresión penal se encontraba consumada o imperfecta, pues, como se sabe, el deudor puede oponerse a la restitución de la cosa previo el pago de todo lo debido.



## IDEAS PARA REFORMAR Y ADICIONAR LA LEY 45 DE 1936

Por el Dr. Germán Bula Hoyos

La siguiente es la importante tesis que para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Políticas en nuestra Facultad, presentó en 1954 el hoy representante a la Cámara, Dr. Germán Bula Hoyos, quien la ha cedido gentilmente para "Estudios de Derecho".

### TESIS DE GRADO

#### PLAN DE EXPOSICION

- 1º—Propósitos.
- 2º—Crítica al artículo 7º de la Ley 45 de 1936, en cuanto hace aplicable el artículo 398 del Código Civil a los casos de filiación natural y razones para su supresión en tal sentido.
- 3º—Necesidad de una prescripción de corto tiempo para el ejercicio de la acción de investigación de paternidad natural después de muerto el presunto padre natural. Razones para la creación de un texto legal en tal sentido.

#### PROPOSITOS

Nos proponemos confeccionar una tesis de grado. Para ello hemos escogido como tema, la interesante y últimamente combatida Ley 45 de 1936, llamada de los hijos naturales, ley que vino a poner término a una gran injusticia que, trepada sobre falsos conceptos de moral religiosa, negaba insistentemente sagrados derechos naturales y jurídicos, a personas humanas cuyo único pecado había sido el de venir al mundo, como fruto de relaciones sexuales extra-matrimoniales.

como si cada criatura antes de nacer pudiera escoger su condición social.

Pero no es la exégesis de la citada Ley, nuestro cometido. Ya esta labor la han desarrollado juristas de renombre, con tanto brillo y propiedad, que sería necio de nuestra parte volver sobre el tema.

Nuestro pensamiento es precisamente el de buscar solución a algunas fallas de la Ley, máxime cuando en los últimos tiempos no han sido pocas las embestidas que contra el estatuto de los hijos naturales se han producido, a raíz de sonados juicios de filiación natural, en que a la postre resultan falsificaciones de testamentos, testigos inescrupulosos que vendieron su conciencia y pruebas así por el estilo, tendientes a convertir este sagrado estatuto en jugosa industria.

Se ataca la Ley 45 de 1936 por los sonados casos antes mencionados, creyendo así solucionar una gran injusticia en defensa de la familia legítima, familia que durante muchos lustros era la única que ante la ley gozaba de rechos y generaba obligaciones entre sus miembros.

Pero es lo cierto, que quienes atacan la citada ley, se olvidan de mayores problemas sociales brillantemente expuestos por el Dr. Gustavo A. Valbuena en la exposición de motivos de la Ley 45 de 1936 y coadyuvados y ampliados por juristas de renombre nacional como los doctores Luis Felipe Latorre, Héctor José Vargas y otros.

Estos claros exponentes de nuestro derecho, con argumentos de irrefutable maestría, dieron al traste con la ominosa legislación que entre nosotros existía, que antes que una protección para los hijos naturales, constituía un desafiante latigazo a la dignidad humana.

La Ley 45 acabó con la absurda clasificación existente, en la cual los incestuosos y adulterinos, formaban algo así como una legión de infelices, despreciados por la sociedad y lo que es más aberrante, despreciados en grado sumo por nuestros legisladores. Como dijera el doctor Luis Felipe Latorre, "esa distinción marcada como un herrete infamante precisamente al ser inocente".

La citada Ley consagró también en nuestra legislación la acción para investigar la paternidad natural (artículo 4º), si bien es cierto que para ello optó por un criterio transaccionalista, tal vez para evitar el naufragio del estatuto en medio del enfurecido mar de incomprensión reinante, producto de la época en que los prejuicios sociales representaban un escarnio para la misma sociedad y un desconocimiento total de las doctrinas de Cristo y de profundos principios sociológicos preñados de humanitarismo.

Otra de las formidables conquistas de la Ley 45 de 1936, fue la de reglamentar la representación legal del hijo natural.

El artículo 14 del estatuto, viene a llenar un vacío inconcebible, ya que nuestro sistema jurídico en sus normas sobre protección de los incapaces cumple una nobilísima función social, de la cual estaban prácticamente privados los hijos habidos fuera de matrimonio, y si nos detenemos a pensar que la especie humana sufre un dilatado proceso para llegar a la madurez mental, en forma que le permita atender sin menester de terceras personas, sus problemas de diaria ocurrencia, la bondad de este precepto resulta ostensible en grado sumo.

Por último, como corolario obligado de las anteriores conquistas jurídicas, tenemos la consagración de los derechos patrimoniales de los hijos naturales (artículo 18).

Ningún comentario se hace necesario para significar la importancia de este artículo de la Ley de los hijos naturales, ya que su fundamento jurídico y humano, se presenta de bruce a la inteligencia de los estudiosos del derecho. Bástenos transcribir la frase que al respecto escribiera el doctor Luis Felipe Latorre, plena de sentido y ardor por la causa justiciera de los hijos nacidos fuera de matrimonio: "La justicia de esta disposición es tan evidente, que no hay para qué encarecerla. Es absurdo, es inhumano, aberrante y contrario a la misma naturaleza, que de dos hijos del mismo padre, el uno goce de todas las comodidades y cuidados desde su nacimiento, y al morir su progenitor recoja íntegramente su fortuna, y el otro, ser inocente que no pidió la vida, que no tiene culpa de ninguna clase, crezca en la miseria y el abandono y carezca hasta de la expectativa de recibir algún día un centavo del patrimonio paterno; que al primero se le den todas las oportunidades de hacer una brillante carrera, que así logre su porvenir, y el otro haya de ser casi siempre, limosnero, subsidiario, o cuando mucho peón, si le va muy bien".

Hemos esbozado sucintamente las transformaciones fundamentales de la Ley 45 de 1936, con el ánimo de hacer resaltar más, la tremenda injusticia que pretenden quienes ahora abogan por la abolición del estatuto, o por lo menos, por una reforma que tendería naturalmente a un retroceso marcado de nuestra legislación, cuando por el contrario debemos avanzar algo, como pretendemos exponerlo y proponerlo en este trabajo.

Pero repetimos, no es nuestro propósito hacer un estudio exegético de la Ley 45, sino más bien hacer el estudio de algunos de sus artículos, proponer enmiendas y solicitar o propugnar por la creación de una disposición que creemos urgente y de mucha importancia pa-

ra la seguridad de los asociados en materia de bienes, cual es la de una prescripción de corto tiempo para entablar la acción de investigación de la paternidad natural después de muerto el presunto padre.

**Crítica al artículo 7º de la Ley 45 de 1936, en cuanto hace aplicable el artículo 398 del C. Civil a los casos de filiación natural y razones para su supresión en tal sentido.**

El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 dice así: "Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural".

Nuestro estudio se referirá exclusivamente a la relación existente entre el acotado artículo 7º y el artículo 398 del Código Civil, o más técnicamente, a la aplicabilidad del último de los textos citados por mandato del primero, a los casos de filiación natural.

Pero antes de entrar en materia, transcribiremos los textos que tienen relación directa con el problema, para una mejor comprensión del mismo.

Son estos textos, el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, el 398 del Código Civil y el 7º de la Ley 45 transcrito arriba.

Artículo 6º — Ley 45 de 1936: "La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento".

Artículo 398 del Código Civil: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos".

Descomponiendo estas disposiciones en diversas partes, tenemos que se requieren las siguientes condiciones o requisitos para que la posesión notoria de hijo natural sea apta para que los jueces declaren la paternidad o la maternidad natural en su caso:

1º—Que la educación subsistencia del hijo hayan sido atendidas en debida forma por el padre o la madre;

2º—Que las necesidades de que se habla en el numeral anterior, hayan sido provistas por el padre o la madre en carácter de tal;

3º—Que ese tratamiento de que se habla en los numerales precedentes, de lugar a que los deudos y amigos del padre o madre y del hijo, o el vecindario del domicilio en general, los hayan considerado relacionados entre sí por el vínculo de filiación natural; y

4º—Que ese mismo tratamiento haya durado por lo menos diez años.

De estos cuatro requisitos en que hemos dividido las disposiciones referentes a la posesión notoria como prueba para obtener la declaración judicial de filiación natural, ningún reparo nos merecen los tres primeros, pues ellos constituyen un formidable trípode sobre el cual debe fundamentarse la certeza jurídica del fallador que ha de dar por probado, el complejo pero palpitante y viviente hecho de la posesión notoria del estado de hijo natural, considerado por algunos autores como "un estado de conciencia colectiva formado a virtud de lo que todo el mundo sabe y tiene por tal...".

No ocurre lo propio con el requisito que hemos señalado en el numeral 4º, el cual exige perentoriamente que el tratamiento que da origen al hecho jurídico de la posesión notoria del estado de hijo natural, tenga una duración mínima de diez años.

Este plazo arbitrario y sin ningún fundamento jurídico ni racional siquiera, producto del transaccionalismo imperante en nuestras cámaras legislativas, en el año en que se expidió la Ley 45 comentada, constituye sin lugar a dudas la negación misma de los sagrados derechos que la citada ley concedió a los hijos habidos fuera de matrimonio, si se tiene en cuenta que, como acertadamente lo expresó el doctor Luis Felipe Latorre en el prólogo de la obra "**Derechos de los hijos naturales**", de la cual es autor el doctor Gustavo Valbuena, el mismo jurista que elaboró el proyecto que luego hubo de convertirse en la Ley 45, "...Una de las más eficaces, valiosas y sólidas pruebas de la paternidad, tiene que ser, y lo es ya con la ley 45, la de posesión notoria del estado de hijo natural".

Cuáles fueron los argumentos esgrimidos para modificar en la forma ya conocida, el artículo del proyecto del doctor Valbuena?

El proyecto decía así en su artículo 7º: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba, debe haber durado diez años continuos, salvo que, tratándose de filiación, sea legítima o natural, el hijo no haya llegado a esa edad, en cuyo caso se referirá a la que tenga.

Las reglas de los artículos 395, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural".

Tal era el texto original del proyecto, que si bien no lleno nuestras aspiraciones en la materia, por lo menos amparaba en gran parte los derechos de aquellos infelices que, a más de haber nacido marcados socialmente por lo que sociedades amigas de rendir inflexible

tributo a la moral, consideran imperdonable pecado, permanecían carentes de los más elementales derechos inherentes a toda persona humana.

Qué pecado tan terrible haber venido al mundo sin voluntad de ello y tal vez, casi seguramente, como producto de un pasatiempo de sujetos sin moral, amigos de engrosar fácil e impunemente la ya vasta legión de aquellos desgraciados que han de ser carne fácil para el hambre, la miseria y el delito!!

Pero nos preguntábamos, cuáles fueron los argumentos esgrimidos por nuestros legisladores, para aprobarlo en la forma restringida en que lo hicieron, hasta el punto de hacerse acreedores a la cita del célebre aforismo de derecho: **Summum jus, summa injuria.**

Se dijo que, "es conveniente que la posesión notoria se refiera siempre a un tiempo largo y predeterminado, pues el proveer a la subsistencia de un recién nacido por los primeros meses de su vida, por ejemplo, no puede considerarse como demostración de paternidad; muchas veces puede ser actuación de mera beneficencia".

Es decir, el legislador presumió que la regla es, que las atenciones dispensadas a los infantes habidos extramatrimonialmente siempre tienen como benefactores a personas distintas de los padres de estos infantes. De lo contrario, si no hubiera considerado esa la regla sino la excepción, no habría dado las razones que ya resumimos, para aprobar el vigente artículo 7º de la Ley 45 de 1936 en concordancia con el 398 del Código Civil. Pero esto será materia de comentarios más adelante.

En el fondo de aquella sustitución, existían razones de otra índole, expuestas por nuestros legisladores al estudiar el artículo 4º del proyecto del doctor Valbuena, que propugnaba por una completa libertad probatoria para acreditar judicialmente la paternidad natural.

Se argumentó la falta de madurez mental de nuestro elemento humano para consagrar sistema tan avanzado; se dijo que los abusos judiciales germinarían a granel; se temió que la facilidad probatoria acompañada de la carencia de elementos y conocimientos científicos para ello, constituyera un grave peligro social; por último, la convicción creciente de la venalidad de la prueba testimonial entre nosotros, fueron las "poderosas" razones para que se restringiera la investigación de la paternidad natural en la forma expresada antes, restricción que tuvo su culminación con la inclusión del artículo 29 de la Ley 45, que prohíbe la comprobación de ella por medios distintos de los estatuidos en la misma Ley.

Como puede verse, los argumentos expuestos por nuestros legis-

ladores carecen de consistencia jurídica y están matizados de cierto temor a una reacción social, fundada en falsos conceptos de moral, que constituyen un baldón para los imperecederos postulados de la justicia.

De dónde nace, preguntamos, a la luz del derecho, la conveniencia de que la posesión notoria se refiera a un tiempo largo y predeterminado, porque muchas veces la persona que atiende a las primeras necesidades de un recién nacido fuera de matrimonio, es distinta de sus padres?

Semejante argumento no resiste el menor análisis.

En primer lugar debemos observar que una persona que atiende a las necesidades de un recién nacido, y más aún, una persona que prolonga esas atenciones por espacio de dos, tres, cuatro o más años, en la forma prevenida por nuestros legisladores en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, es porque generalmente es el padre de esa criatura, por no decir que siempre.

Son observaciones nacidas de la cotidiana ocurrencia y que además tienen como base sólida, razones de orden biológico, natural, y social.

No se educa caprichosamente a un extraño a la familia, como regla general. Existirán casos aislados que constituyen la excepción.

No se atiende a la subsistencia de un extraño ni se le establece debidamente, como cosa de común ocurrencia. Sucederá igual que en el primer caso.

Hecha esta observación, que mentalidades de alto vuelo jurídico han desarrollado brillantemente, diremos en segundo lugar que no es el caso particular, la excepción, lo que contempla la ley en sus disposiciones.

Por el contrario, la norma legislativa tiende a cristalizar, teniendo en cuenta para su aplicación y efectos, lo que comúnmente ocurre, es decir, lo general.

Esta es una verdad universal en materia de derecho, tan ampliamente conocida que nos releva de comentario alguno.

Qué decir de las otras razones traídas a este trabajo, como dadas por nuestros legisladores para restringir en la forma en que lo hicieron, la posesión notoria del estado de hijo natural, como prueba para establecer la filiación?

La falta de madurez mental de nuestro elemento humano, los pretendidos abusos judiciales, la facilidad probatoria acompañada de la carencia de medios científicos, y la venalidad ostensible del testi-

monio entre nosotros, son circunstancias que de darse por sentadas proyectan su influencia funesta sobre todas las relaciones jurídicas que se debatan entre nosotros, entre las cuales existen muchas de mayor trascendencia social y económica, que la declaratoria judicial de la paternidad natural. Sin embargo, tal circunstancia no ha propiciado la tendencia a restringir en forma análoga la prueba de tales relaciones.

Además, refiriéndonos concretamente a la prueba testimonial, la situación actual en materia probatoria por lo que toca a la posesión notoria del estado de hijo natural, constituye ni más ni menos que un flagrante desconocimiento de los sabios principios de la sana crítica, necesariamente obligatorios para todo juez, en el trascendentalísimo acto de apreciar las pruebas aportadas a los debates jurídicos sometidos a su juicio, competencia y rectitud.

No existe norma alguna escrita entre nosotros, como tampoco existe doctrina o jurisprudencia, que obligue a los jueces a aceptar sin dilación el dicho de los testigos arrimados a todo juicio, si esos testigos no han pasado airoso el filtro de la sana crítica, por su honestidad, por su posición social, por su ocupación, por la claridad y precisión de su exposición y en fin, por esa serie de condiciones que hacen respetable la palabra de un ciudadano.

Como vamos a demostrarlo más adelante con un ejemplo de dramática injusticia, tomado precisamente de la sabia jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de justicia, en nombre del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 en cuantose refiere al artículo 398 del Código Civil, se cometen y se seguirán cometiendo graves atropellos a los derechos de seres inocentes, si no se pone coto a la situación reinante.

El juez a que corresponda fallar un negocio en que invoque la posesión notoria del estado de hijo natural, para acreditar la paternidad atural, lógicamente tiene que hacer un estudio concienzudo y a fondo de la prueba aportada para tal efecto, que no podría ser otra que la testimonial, si bien es cierto que no descartamos otros medios probatorios, como por ejemplo, inspecciones oculares con testigos actuarios a los libros de matrícula del colegio o escuela en que haya podido educar el presunto padre al hijo natural.

Si de ese estudio, que se presume será honesto y sereno, por cuanto no es posible partir de la base de la mala fe o de la ignorancia de funcionarios judiciales, si de ese estudio repetimos, el juzgado concluye terminantemente, sin lugar a dudas, o para usar una frase gráfica de nuestra H. Corte Suprema de Justicia, si el juez encuentra que

los actos del padre de proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del que se pretende hijo natural, se comprueban por... “un conjunto de testigos fidedignos que establezcan de un modo irrefragable esos actos...”, debe declarar judicialmente la paternidad natural respecto de ese hijo.

Si por el contrario, del estudio del acervo probatorio allegado al expediente, el juez no puede formarse un criterio definido, preciso e irrefragable acerca de la verdadera relación de parentesco entre el presunto padre y quien se pretenda su hijo natural, el fallador debe desear la acción instaurada (*reus is absolvendo*).

Para ambas situaciones, tanto para declarar la paternidad natural como para desecharla, el juez necesariamente debe atender a los principios científicos o como dice nuestro Código de Procedimiento Civil “a los principios generales de la sana crítica”.

Al respecto conviene citar a Corphe, quien considera indispensable para una científica valoración del testimonio, la contemplación de los siguientes factores: “1º aptitudes del sujeto o valor del testigo; hay que examinarlo bajo sus múltiples relaciones de moralidad, capacidad intelectual, disposiciones afectivas y estado psíquico; 2º Propiedades del objeto: distinguiendo las personas, los objetos materiales y sus cualidades, las acciones y movimientos, los lugares, las palabras y lo que no sea susceptible de evaluación; y 3º La relación del sujeto con el objeto, o condiciones de formación del testimonio en sus diferentes fases de percepción, memoria y declaración”.

La tremenda responsabilidad que apareja a nuestros jueces, la apreciación del testimonio, a la luz de los factores expuestos por Corphe como presupuestos para una perfecta valoración del mismo, es lo que ha llevado a muchos expositores y en especial a nuestros legisladores, a restringir en forma desesperante la prueba de la paternidad natural, cuando ella deba ser declarada judicialmente.

A nadie se escapa —repetimos— el deber en que está el juez de desechar la prueba cuando ella no puede llevar a su inteligencia luego de valerse de los principios científicos de la sana crítica, la convicción plena de los hechos alegados en juicio.

Entonces, dónde está el temor a esa “terrible” conmoción social que causarían los juicios sobre filiación natural para acreditar la paternidad natural, si se prescinde del restricto sistema probatorio vigente, rezago de organizaciones feudales y de sociedades que aún creen en la preeminencia de los títulos nobiliarios?

## ALGUNOS EJEMPLOS DE LA INJUSTICIA DE LAS NORMAS COMENTADAS

Para una mejor ilustración de lo que hemos dado en llamar una gran injusticia consagrada legalmente, traemos a continuación algunos ejemplos, producto de nuestra experiencia en un juzgado civil de circuito.

**PRIMER EJEMPLO:** En un juicio para obtener la declaración judicial de paternidad natural respecto de un menor de quince años de edad, en el cual se demanda a los hijos legítimos del presunto padre natural por haber muerto éste, se invoca como causal la contemplada en el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es decir, la posesión notoria del estado de hijo natural.

La parte actora presenta seis o más testigos de probidad moral incuestionable, de reconocida solvencia intelectual y de prominente posición social, todos ellos escogidos del seno de la sociedad en que se desarrolló la vida de relación entre el fallecido presunto padre natural y el hijo cuya filiación se trata de acreditar en relación con ese presunto padre.

En las respectivas declaraciones, los ciudadanos citados manifiestan equívocamente, con razones poderosas dignas de todo crédito por parte del más exigente juez, que en realidad el presunto padre natural trató al menor demandante, desde el nacimiento de éste hasta la muerte de aquél, como a un verdadero hijo, proporcionándole lo necesario para su subsistencia, educación y establecimiento, por cuya causa ellos y el vecindario en general, reputaron siempre a dicho menor como hijo de ese presunto padre.

Pero a renglón seguido, los mismos testigos con igual lujo de detalles y dando perfectas razones para sus dichos, afirman que no solo ese menor demandante fue tratado en la forma expresada, sino que lo propio ocurrió también con sus dos hermanitos, el primero de ocho años de edad y de nueve el segundo.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, el menor demandante de quince años de edad, obtiene la declaración judicial en el sentido de que tiene la calidad de hijo natural del fallecido padre natural de los demandados y con tal declaración, todo el cortejo de derechos y deberes jurídicos que tal calidad impone.

Pero no ocurre lo mismo con los menores de ocho y nueve años de edad respectivamente, quienes promovieron juicios separados, pues esta acción no es acumulable.

Estos últimos obtienen fallo desfavorable no obstante militar en favor de ellos dentro de sus respectivos procesos, la misma prueba que sirvió a su hermano de quince años de edad, pues los testigos que depusieron en el juicio seguido por éste, también lo hicieron en el de sus otros dos hermanos.

Como puede verse, este ejemplo de mucha ocurrencia en los medios judiciales encierra indudablemente una tremenda injusticia, a la cual debe buscarse remedio inmediato por nuestros legisladores.

Por qué los menores de ocho y nueve años respectivamente no obtuvieron fallo favorable y en cambio si lo logró el hermano de éstos de quince años de edad, siendo que los tres aportaron a sus respectivos juicios la misma prueba que sirvió al último para conseguir sus fines?

Cuál es la razón de índole jurídica para que semejante situación se presente en los fallos de nuestros jueces y magistrados?

Todo obedece a lo preceptuado por nuestro estatuto de filiación natural en su artículo 7º, en cuanto hace aplicable el artículo 398 del Código Civil a los casos de filiación, preceptos éstos cuyos fundamentos ya comentamos.

**SEGUNDO EJEMPLO:** Muere A dejando tres hijos legítimos. Un menor —B—, de catorce años de edad pretende obtener declaratoria judicial de filiación natural, en el sentido de que es hijo del finado A y para tal fin promueve demanda ante juez competente, alegando la misma causal del ejemplo anterior.

Los señores A y B vivieron en la ciudad de Andes por espacio de ocho años consecutivos, los cuales coinciden con los ocho primeros años de vida del menor B.

Cumplidos esos ocho años, A resuelve ausentarse para Bogotá por razón de negocios, dejando al menor B en Andes, y a los seis años de estar en Bogotá muere.

Dentro del juicio promovido por B contra los herederos legítimos del finado A., se reciben más de seis declaraciones de personas probas moralmente, de reconocida posición social, intelectual y económica, que acreditan de manera eficiente, que durante el tiempo que A y B vivieron en la ciudad de Andes, es decir, durante los primeros ocho años de vida del menor B, el presunto padre de éste o sea A, siempre atendió a las necesidades del menor B proporcionándole la subsistencia, educación y establecimiento, a causa de lo cual los testigos y el vecindario en general siempre tuvieron al menor B como hijo natural del señor A.

Obsérvese bien que los testigos se refieren solo al lapso de ocho años, pues la ausencia del finado señor A más tarde, rompió la solución de continuidad aparente de las relaciones de éste para con su hijo B.

No obstante tener el menor B la edad de catorce años, es decir, los años suficientes para haber obtenido el trato de hijo natural por espacio de diez años como lo ordena la ley, éste no alcanzará a obtener lo que por derecho natural le corresponde y debía corresponderle también por derecho positivo.

TERCER EJEMPLO: Este ejemplo es tomado de la Gaceta Judicial de nuestra H. Corte Suprema de Justicia y ya lo habíamos anunciado.

Para una mayor fidelidad, procedemos a transcribir los pasajes pertinentes del referido fallo: "La Sala considera:

Conforme al artículo 6º de la Ley 45 de 1936: "La posesión notoria de estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquél tratamiento".

Y el artículo 398 del C. C., de aplicación rigurosa en este caso por lo prevenido en el artículo 7º de la misma Ley 45, agrega: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos".

Ahora bien: En el caso que es materia de este juicio, el menor José Gustavo Morantes, nació el día 1º de mayo de 1939, según lo acredita la partida visible a folio 34 del cuaderno principal; y el Dr. Cote Bautista, su presunto padre, falleció el día once de febrero de 1947 (fl. 38 *ibídem*). De donde resulta que entre las dos fechas, apenas transcurrieron menos de ocho años, por lo que este supuesto trato del padre para el hijo y a virtud del cual los deudos y amigos del doctor Cote Bautista o el vecindario de su domicilio en general pudieron reputarlo como padre natural de José Gustavo, no alcanzó ni pudo alcanzar el término de los diez años "por lo menos" que exige la ley para que la posesión notoria se reciba como prueba del estado civil. Luego al declarar la sentencia aquél estado con base en la referida posesión erró manifiestamente en la apreciación de la prueba y como consecuencia, infringió por indebida aplicación los artículos 1º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936 y 398 del C. C.

Tampoco es procedente mantener el sentido de la decisión del Tribunal con base en ninguna de las otras dos causales....

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este negocio y **confirma** en su lugar la de primer grado, proferida por el juzgado 6º Civil de este mismo Circuito".

Hasta aquí las partes motiva y resolutive de la H. Corte. Ahora veamos las pruebas que obraron en este proceso civil y su análisis respectivo.

Lo que a continuación transcribimos pertenece al análisis juicioso y sereno de las pruebas aportadas al debate, hecho por el Tribunal Superior de Bogotá en el fallo que se analiza: "Los testimonios de Ortega Rangel, Serrano Villamizar y Carmen Rosa Rico, son conducentes a establecer las dos primeras circunstancias preindicadas, o sea, que el doctor Guillermo Cote Bautista proveyó desde la época del embarazo de Ana Rita Morantes y luego después del nacimiento y bautismo del infante Gustavo a las necesidades de crianza y subsistencia de éste, en su calidad de presunto padre natural del mismo.

"Además la testigo Rosa María Ibáñez de Jaimes declara al respecto que conoce desde hace más o menos diez años a Ana Rita Morantes y a su hijo menor Gustavo Morantes, a éste desde cuando tenía unos dos años de edad; vivió con Ana Rita y su hijo en la calle 24 con carrera cuarta de esta ciudad y allí conoció también de vista y comunicación al doctor Guillermo Cote Bautista que iba con frecuencia a visitar a la Morantes y a su hijo, dándole a ella el tratamiento de señora y haciendo con ella vida marital o común; le consta a la declarante que el doctor Cote Bautista le daba el tratamiento de hijo al menor José Gustavo, le obsequiaba dinero y regalos y sufragaba los gastos necesarios de Ana Rita y de su hijo. A la declarante le manifestó también el doctor Guillermo Cote Bautista que el manor José Gustavo era su hijo.

"La testigo María Luisa Calderón de Cardoso conoció trató durante más de veinte años al doctor Guillermo Cote Bautista y a la señorita Morantes Cote, como también conoce al menor José Gustavo desde que tenía pocos meses de nacido; afirma que Ana Rita Morantes y su hijo vivieron en casa de la declarante, a donde concurría frecuentemente el doctor Guillermo Cote Bautista que daba al menor el tratamiento de hijo suyo, aún en presencia de amigos diferentes de la declarante, le hacía regalos y lo sacaba a pasear.

“El Dr. Jorge Lamus Girón, actual magistrado del Consejo de Estado, certifica bajo juramento; “2º—Que lo que sabe con respecto a las relaciones del doctor Guillermo Cote Bautista, quien falleció ya, y la señora Ana Rita Morantes, es que esta última tuvo un hijo cuyo padre es el mencionado doctor Guillermo Cote Bautista, y que corresponde al nombre de Gustavo; que de lo anterior tiene conocimiento desde hace varios años y que es una cosa pública y notoria para la colonia santandereana residente en esta ciudad capital, pues los mencionados Cote Bautista y Morantes son oriundos del Departamento Norte de Santander.

“Fuera de este conjunto de testimonios fidedignos cuyo contenido obra en el proceso, de la lectura de la demanda, del memorial de pruebas de la parte actora en primera instancia (fl. 14), del alegato de conclusión de primera instancia, del libelo de reconstrucción y del auto que la decretó con fecha 30 de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, aparece sin lugar a duda que en el proceso destruido obran ya como pruebas legales que debieran estimarse en este fallo, las declaraciones de Lucrecia Solano de Guisa, Beatriz de Jiménez, Carlos Guillermo Jiménez Medina, Ana Salazar de Foschi, Carmen Ana de Langlade y otros cuyo contenido analiza el precitado alegato de conclusión expresando:

“Pruebas producidas en demostración de los hechos de la demanda. Con la demanda presenté sendas declaraciones extrajuicio dadas por Lucrecia Solano de Guisa, etc., etc. . . . las que por haber sido ratificadas en el término probatorio y provenir de personas de insospechable moralidad, ofrecen credibilidad absoluta, y conforme a las cuales aparece ampliamente demostrada la paternidad natural que sobre el menor José Gustavo le corresponde al difunto Guillermo Cote Bautista, así como la posesión notoria de que invistió éste durante su vida, de hijo natural suyo al citado menor. . . .”

“En otro aparte del mismo alegato se lee:

“Obran también en autos algunas fotografías en las que aparece el doctor Guillermo Cote Bautista acompañado de mi mandante y por su hijo natural José Gustavo, fotografías que fueron reconocidas por todos y cada uno de los declarantes ‘en forma precisa e inequívoca’, para emplear las propias palabras usadas por el señor juez a quien me dirijo.

“Todos estos datos probados en el incidente de reconstrucción conducen en sana lógica jurídica a presumir judicialmente que dentro del juicio destruido la parte actora tenía suficientemente acredi-

tada la posesión notoria de hijo natural del menor José Gustavo Morantes Cote con respecto al doctor Guillermo Cote Bautista, ya fallecido, y que sería injusto desconocerle a este nuevo proceso esa situación favorable y legítimamente adquirida dentro del juicio, por simple efecto de un hecho o suceso completamente ajeno y a la actividad y voluntariedad de dicha parte”.

Como puede observarse de las transcripciones hechas, todas ellas tomadas de un interesante fallo de la H. Corte Suprema de Justicia como ya se dijo, la prueba arrojada al juicio de que se trata allí (Gaceta Judicial - Tomo LXXII - Nos. 2116 y 2117 - págs. 517 y s. s.), en que el señor José Gustavo Morantes pretendía hacerse declarar judicialmente hijo natural del doctor Guillermo Cote Bautista, es insuperable.

Obran allí testimonios de altas personalidades como por ejemplo, la certificación jurada del doctor Jorge Lamus Girón, consejero de estado en esa oportunidad y damas prestantes de la sociedad nortesantandereana como también de algunos distinguidos caballeros de esa misma tierra.

Además, las fotografías en que aparecen el doctor Cote Bautista, el menor José Gustavo Morantes y la madre de éste, todas ellas reconocidas por los testigos mencionados, constituyen también motivo de fundada presunción que unida al resto de las pruebas ya analizadas, dan la certeza jurídica y por qué no decirlo, moral también de que el menor José Gustavo Morantes es hijo natural del finado doctor Guillermo Cote Bautista.

Cómo es posible, nos volvemos a preguntar, que la ley obligue a nuestros jueces y magistrados a sancionar con sus augustas firmas semejantes injusticias?

Los ejemplos puestos podrían aparecer como casuísticos y por ello ser tachados de ineptos para probar el aserto de que las disposiciones que criticamos encierran una grave injusticia consagrada legalmente.

Pero ello no es así. Nuestra experiencia como juez civil de circuito por el espacio de tres años, nos está gritando diariamente que esa injusticia merece remediarse en bien de la misma sociedad de la moral y de la justicia.

La prueba de que tales ejemplos no son casuísticos la está dando el mínimo porcentaje, casi nulo podríamos decir del éxito de las acciones de investigación de la paternidad natural, no obstante la existencia de las pruebas analizadas en los ejemplos propuestos.

Si quisieramos traer a este trabajo más ejemplos que como los primeros, ilustren el fondo del problema, a fe que nos sobrarían. Pero creemos haber esbozado nuestros conceptos al respecto en los casos propuestos.

No obstante queremos hacer la siguiente reflexión al Jurado de Tesis: Cuántas criaturas nacidas dentro de la institución privilegiada del matrimonio, son abandonadas por sus padres legítimos antes de cumplir los diez años de edad, o a la inversa, ellas abandonan el hogar, sin que lógicamente, se quiebre la relación legítima de parentesco cuando uno de los dos hechos ocurre?

La respuesta tiene que ser muy afirmativa en el sentido de que los casos son muchos y muy alarmantes.

Pierden por ventura, los niños que se encuentran en esa situación, la calidad de hijos legítimos del padre que los abandonó o al cual abandonaron?

Ciertamente no la pierden. Todo el mundo sigue hablando del hijo del señor X o del señor Z, no obstante esa desvinculación total.

Entonces, por qué, se presenta el caso de nuestro segundo ejemplo, es decir, si existe prueba inequívoca y de aceptación legal para demostrar judicialmente que durante ocho años, o menos si se quiere, el presunto padre trató al hijo natural como hijo suyo, en la forma prevenida por el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y luego ese presunto padre se aleja del lugar donde ocurrió ese trato o lo hace el hijo, quebrándose así la continuidad del mismo, por qué repetimos, la ley considera que ese trato inicial como padre, deja de tener fuerza legal y moral ante nuestros jefes y magistrados?

No se podría llegar al absurdo de afirmar que fue hijo durante los ocho años en que el padre o presunto padre lo trató como tal y después dejó de serlo por el abandono expresado. Si fue hijo durante esos primeros años, lo seguirá siendo siempre.

Francamente, ninguna razón de orden jurídico poderosa se vislumbra siquiera para sustentar tal tesis, denegatoria de elementales derechos naturales.

#### OTRA RAZON DE INDOLE JURIDICA

Pero algo más. Existe otra razón poderosa a nuestro parecer para propiciar la derogatoria del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 en cuanto se remite al artículo 398 del Código Civil, para hacerlo aplicable de manera perentoria a los casos de filiación.

En efecto, la naturaleza de la sentencia que provee sobre la in-

vestigación de la paternidad natural, es de carácter declarativo. En esto están de acuerdo ilustres tratadistas de derecho, entre otros Beudant cuando expresa: "Ella no hace sino constatar una situación anterior. Por lo tanto es esta situación misma la que desde que está por sí legalmente establecida puede producir efectos".

Igual criterio tienen nuestros ilustres expositores de derecho doctores Carrizosa Pardo y Juan Francisco Mújica; de éste último es la siguiente frase: "La acción de investigación de la maternidad o paternidad natural es declarativa porque su objeto lo forma la relación jurídica de la filiación, la cual no se constituye por su reconocimiento, sino que brota del hecho fisiológico de la generación".

Es evidente que el carácter de las sentencias citadas es declarativo, toda vez que ellas vienen a poner a flote, o mejor dicho, a dar a la publicidad una relación que existía naturalmente por el hecho biológico del nacimiento, antecedido por la concepción como es de rigurosa lógica.

El hecho de que un juez diga en la sentencia respectiva, que en vista de que la prueba aportada al juicio en que se ventiló la paternidad natural de determinada persona, es apta para que el fallo se produzca en sentido afirmativo, es decir, declarando al hijo natural, hijo de determinado individuo, no quiere decir que desde ese momento es hijo y que antes no lo era.

En absoluto; esa sentencia, repetimos, tiene alcances declarativos y sostener lo anterior sería sencillamente absurdo, máxime si se tiene en cuenta que no puede existir ser humano alguno sin un progenitor.

Cómo es posible imaginar siquiera que una persona es hija de otra a los diez, once o más años, porque así lo declara una sentencia judicial y que por el contrario no lo era antes de pronunciarse esa sentencia? De quién era hijo mientras esa sentencia no se había dictado?

Sentencia declarativa es aquella que se limita exclusivamente al reconocimiento judicial de la existencia de una relación de derecho o de su inexistencia, según el caso.

Encaja entonces en esta definición el carácter de la sentencia destinada a desatar la litis trabada para acreditar judicialmente la paternidad natural.

No obstante, muchos tratadistas han considerado que la sentencia que pone fin a tales litigios, es de carácter constitutivo.

Aunque diferimos de tal consideración, por cuanto creemos firmemente que la principal característica de tal providencia es la de ser declarativa, no dejamos de aceptar parcialmente el anterior con-

cepto, toda vez que la providencia cuya naturaleza se estudia no solamente declara una relación jurídica que existía naturalmente, sino que a virtud de tal ocurrencia, viene a modificar de manera sustancial una situación jurídica existente al tiempo de producirse la providencia.

Por ejemplo, la estructura jurídico-patrimonial existente al momento de declararse judicialmente la filiación natural de una persona, sufre modificaciones de interés superior, tanto para la familia legítima del padre natural como para el hijo natural, en virtud de lo estatuido por los artículos 18, 19, 20, 21 y demás pertinentes de la Ley 45 de 1936.

Pero lo último viene a ser una consecuencia de la declaración de paternidad natural, lo que viene a poner de presente una vez más el carácter declarativo de la providencia cuya naturaleza estudiamos.

Lo anterior nos está diciendo, cómo es de aventurado sostener la vigencia del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, en relación con el 398 del Código Civil, ya que la oportunidad para acreditar la calidad de hijo natural respecto de otra persona, no tiene más edad ni limitación de tiempo que, como mínimo, la edad del hijo natural.

No obstante, como pudimos expresarlo en nuestros ejemplos, tampoco la edad del hijo debe ser la base de esa posesión notoria como prueba del estado civil.

Pero expresamos que la oportunidad para acreditar la calidad de hijo natural mediante la posesión notoria, no tiene más edad ni limitación de tiempo que, como mínimo, la edad del hijo, solo para señalar la tremenda injusticia en que incurrieron nuestros legisladores al negar el proyecto primitivo en su artículo 7º, que decía: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba, debe haber durado diez años continuos, salvo que, tratándose de filiación, sea legítima o natural, el hijo no haya llegado a esa edad, en cuyo caso se referirá a la que tenga".

Es que la existencia legal de las personas está nítidamente definida por nuestro Código Civil en su artículo 90 que así dice: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre".

La criatura que muere en el vientre materno, o 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".

De haber aprobado el artículo original del proyecto del doctor Valbuena, la ley no aparecería tan notoriamente injusta como aparece

(volver los ojos al ejemplo del caso del doctor Cote Bautista), aunque tampoco hubiera sido lo suficientemente justa para merecer la aceptación sin reservas, por parte de los estudiosos del derecho (volver los ojos al ejemplo segundo de este trabajo).

Las razones expuestas hasta aquí, nos llevan a la conclusión inequívoca de que debe consagrarse en nuestro Estatuto de los Hijos Naturales, una completa libertad probatoria para acreditar judicialmente la posesión notoria del estado de hijo natural.

Esta idea se encuentra reforzada por la casi ecuménica preocupación de las legislaciones modernas, de establecer la libertad probatoria para estos casos, lo mismo que implantar legalmente la igualdad de derechos para los hijos naturales cuando concurren en la sucesión de su padre con los hijos legítimos del mismo.

Pero este último tópico, el de la igualdad de derechos, no es materia de este trabajo, el cual se encuentra limitado por el escaso tiempo de que disponemos para presentarlo a la consideración del Jurado, por razones de índole personalísima.

Nos dedicaremos exclusivamente como lo hemos venido haciendo, al tema de la libertad probatoria para los juicios de filiación natural, en cuanto toca con la posesión notoria del estado de hijo natural.

Al expresar nosotros que debe existir una completa libertad probatoria, se entiende naturalmente que esa libertad no es absoluta, sino que tiene como muro de contención el criterio jurídico predominante en nuestro sistema probatorio.

En efecto, se caracteriza el sistema probatorio colombiano por la fijación de una tarifa legal de pruebas a la cual debe acudir todo litigante para probar los hechos y actos jurídicos alegados en juicio, si bien es cierto que tales medios probatorios pueden ser combinados entre sí para tal fin. Por la valoración predeterminada de cada medio probatorio, no obstante tener el juez en algunos casos la facultad de apreciar hasta donde llega su valor de convicción. Y por la ritualidad procesal a que está sometida la producción de cada prueba en el proceso.

No parece que existieran hechos o actos jurídicos que no sean posibles de probar por la tarifa legal vigente entre nosotros. Tales medios de prueba conducen por sí solos o combinados, a la prueba completa, que es aquella que de por sí es lo suficientemente apta para dar por sentada la verdad de un hecho o de un acto jurídico.

Ahora bien, como regla general de nuestro sistema probatorio existe, la de que a las partes o litigantes les corresponda la elección

de los medios de prueba que ellos consideren más eficaces y conducentes a probar lo que pretenden, salvo que la ley disponga otra cosa.

Al respecto conviene transcribir aquí una jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia que dice: "Sea pues, por el concepto positivo, pruebas establecidas por la ley para comprobar un hecho, sea por el concepto negativo, pruebas no admisibles para demostrar un hecho, el legislador **ha establecido un criterio taxativo** en esta materia, de modo que cuando no existe ni el extremo positivo ni el negativo, rige la regla general, o sea que dentro de **la tarifa legal de pruebas** pueden las partes presentar las que crean pertinentes a la defensa de sus derechos y demostración de sus pretensiones". (G. J. número 1900, fallo de agosto 21 de 1935, págs. 375 y s. s.).

Si probar es lograr el convencimiento del juez y si el resultado de toda buena prueba es la convicción, como tan autorizadamente lo sostiene el profesor Antonio Rocha, eminente jurista nacional recientemente designado para formar parte de la H. Corte Suprema de Justicia, nada impide que cuando el juez se halla jurídicamente convencido de un hecho jurídico como lo es el parentesco natural entre un hijo y su padre, así lo declare, teniendo en cuenta que el fallo debe responder a una plena convicción, producida ésta por pruebas conducentes y eficaces para demostrar ese hecho; que tales pruebas estén comprendidas en alguno o algunos de los ocho medios de prueba que rigen entre nosotros y que se hayan producido dentro del juicio con las ritualidades prescritas por la ley, que son de orden público.

Este es nuestro concepto de completa libertad probatoria de que hablamos arriba, que unido a los principios de la sana crítica que deben asistir al juez para apreciar las pruebas, debe regir para demostrar el estado de posesión notoria de hijo, sea éste legítimo o natural.

Algunos tratadistas se han orientado por una especie de combinación de la libertad probatoria con otros elementos especiales, como por ejemplo, con un principio de prueba por escrito.

No creemos conveniente tal sistema. Cuando existe una prueba testimonial apta para declarar la filiación natural, de conformidad con la ley 45 de 1936, y a la vez existe en el proceso una prueba escrita incompleta, o sea, un principio de prueba por escrito, ello quiere decir que en esta última encuentra el fallador una confirmación más de la convicción a que lo llevó la prueba testimonial.

Y si la prueba testimonial a pesar de ser buena no es lo suficientemente apta por sí sola para llevar al criterio del juez el pleno convencimiento de esa filiación, y se encuentran en el proceso otros me-

dios probatorios incompletos, como un principio de prueba por escrito —por ejemplo—, que unidos a la prueba testimonial llevan al juez el pleno convencimiento que exige la ley para los fallos, entonces quiere decir que el sistema de la libertad probatoria ha surtido sus benéficos efectos mediante la combinación de medios de pruebas, todos ellos conocidos en nuestra tarifa legal probatoria.

En este orden de ideas, debe reformarse el estatuto de los hijos Naturales en el sentido de establecer la libertad probatoria para demostrar la filiación, como lo expresamos antes; y aunque nos parece redundante, bien podría agregarse al artículo respectivo un inciso en que se encareciera al juez, aplicación estricta de los principios de la sana crítica con tanto o más celo que en los demás litigios.

El fundamento de nuestras ideas al respecto, estriba en que es natural apenas, y así ocurre y debe ocurrir en todos los campos del derecho, que aquellas personas a quienes la ley les concede algún derecho, tengan al propio tiempo la posibilidad de probarlo para hacerlo efectivo.

De lo contrario, la consagración de ese derecho se hace completamente inútil, y en veces, cuando su desconocimiento por carencia de posibilidad probatoria vulnera delicados intereses sociales, se convierte en una verdadera fuente de infamias que a la postre podría generar graves consecuencias de trascendencia imprevisible.

Es lo que ocurre en la actualidad con aquellos hijos naturales menores de diez años a la muerte de su presunto progenitor, que aunque como en el caso del menor José Gustavo Morantes (tercer ejemplo) puedan llevar a los autos prueba inequívoca del trato recibido por su padre, en la forma prevenida por el artículo 6º de la ley 45 de 1936, no alcanza la efectividad de sus impostergables derechos, a causa de la misma ley que los concedió.

Es lo que ocurre también con aquellos hijos naturales que, como los del ejemplo segundo, a pesar de tener una edad superior a diez años, al acaecer la muerte del padre natural, no pueden acreditar por espacio de esos diez años la posesión notoria, por las circunstancias expresadas en el citado ejemplo.

Sostener semejante situación significa en rigurosa lógica jurídica, mantener una imposibilidad probatoria a todas luces aberrante.

Por todo lo anterior propugnamos por la derogatoria del artículo 7º de la ley 45 de 1936, en cuanto se remite al 398 del Código Civil, implantando, en la forma expresada en este trabajo la libertad probatoria para la exposición notoria del estado de hijo natural, sin li-

mitación de tiempo ninguno en cuanto a duración, lo que naturalmente se haría extensivo a los casos de filiación legítima.

Necesidad de una prescripción de corto tiempo para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural después de muerto el presunto padre natural. Razones para la creación de un texto legal en tal sentido.

En la actualidad la Ley 45 de 1936 consagra un ejercicio de la acción de filiación natural, ilimitado en el tiempo.

En este punto se separó de la Ley francesa de 1912, su fuente de inspiración, dejando así un vacío considerado con razón como un tremendo error legislativo, dada la prolongación de la incertidumbre de los bienes del presunto padre después de su muerte, que prácticamente pone a sus herederos en dificultad para contrarrestar pruebas en caso de litigio, por la lejanía de ellas en el tiempo.

Más sabia la Ley francesa en este aspecto, consideró que la acción para investigar la paternidad natural debía tener un corto plazo, pero no instituyó esa especie de prescripción que Josserand llamó una simple decadencia, para después de la muerte del padre sino para todo tiempo, distinguiendo desde luego los casos en que la prescripción afecta a la madre o al tutor dativo y aquéllos en que afecta directamente al hijo natural, lo cual no podría ser de otra manera si tenemos en cuenta que la orientación moderna del derecho tiende cada vez más a la protección de los incapaces.

Veamos primero cuál es la situación en Francia, más concretamente, lo preceptuado por la ley de 16 de Noviembre de 1912 de aquella Nación, que como ya dijimos sirvió de fuente de inspiración a nuestro estatuto de 1936.

En Francia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 340 del Código Civil, la madre o el curador dativo del hijo natural, tienen un plazo de dos años a partir del parto para hacer uso de la acción tendiente a obtener la declaración de paternidad natural.

Ese término bastante corto por cierto, se ve modificado por circunstancias especiales que lo suspenden, como ocurre por ejemplo cuando ha existido concubinato notorio o cuando el presunto padre natural ha proporcionado la subsistencia y educación del hijo natural.

En el primer caso la prescripción de corto tiempo empieza a correr solamente cuando el concubinato ha cesado y en el segundo, cuando el presunto padre ha cesado de mantener y educar al hijo natural.

Tratadistas y magistrados franceses han encontrado explicación a esta especie de suspensión de la prescripción, en el hecho de la persistencia de las relaciones sexuales y en el cumplimiento de los deberes del padre para con su hijo.

El último inciso del artículo 340 del Código Civil francés, consagra la regla general de derecho de la suspensión de la prescripción en favor de los incapaces.

En realidad, en Francia cuando la acción tendiente a obtener la declaratoria de paternidad natural no se ha intentado durante la menor edad del hijo natural, éste tiene derecho a ejercitarla hasta un año después de llegar a la mayoría de edad.

Al explicar las razones de orden jurídico que asistieron a los legisladores franceses para estatuir tales prescripciones para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural, Josserand expone: "La Ley ha incluido la acción de investigación de la paternidad natural en plazos bastante breves; es urgente terminar con un problema irritante y evitar un retraso malicioso, con fines ilícitos, tanto más temibles cuanto las pruebas son menos seguras a medida que se borran en la lejanía. En semejante materia es preciso obrar de prisa y a golpe seguro".

En el anterior párrafo del ilustre expositor francés se nota la dificultad con que se abrió paso hacia la realidad, la causa de los hijos naturales.

Llamar problema irritante precisamente en desprecio del ser inocente, el problema de los hijos naturales, es tanto como apoyar al causante de una situación social y jurídicamente aberrante, que no es otro que el padre natural.

Pues bien, entre nosotros, nuestros legisladores se olvidaron de introducir en la Ley 45 de 1936, normas que limitaran en el tiempo la acción de investigación de la paternidad natural, lo que desde luego ha causado serios problemas como pasamos a verlo.

Nuestro estatuto, que se preocupó demasiado en restringir la prueba para la investigación de la paternidad natural, fue interpretado en un principio —hasta el año de 1945— en el sentido de que la muerte del padre o presunto padre natural constituía el único límite en el tiempo para intentar la acción de investigación de paternidad natural.

Por espacio de diez años se sostuvo esa tesis, con base en lo dispuesto en los artículos 403 y 404 del Código Civil que así dicen:

Artículo 403: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad

es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo”.

“Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”.

Artículo 404: “Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron”.

Tales disposiciones son de rigurosa aplicación en los juicios de filiación natural por mandato expreso del artículo 7º de la ley 45 de 1936”.

El último inciso del artículo 403 transcrito “...siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad” ...constituyó el principal caballo de batalla de nuestros jueces y magistrados, para sustentar la tesis de que la acción de investigación de la paternidad natural se extinguía con la muerte del padre.

Tan claros preceptos hicieron creer a nuestros falladores que era absurdo entrar a interpretar el sentido de ellos, mediante las complicadas reglas de la hermenéutica.

En juicios de esta naturaleza solo es legítimo contradictor el padre contra el hijo y el hijo contra el padre y si el padre no interviene en los juicios en que se ventile la paternidad natural, tal circunstancia acarrea la nulidad del proceso, era lo que se sostenía en nuestro más alto Tribunal de Justicia hasta el año de 1945.

La vigencia de esta tesis por tanto tiempo, dio al traste con multitud de juicios intaurados después de muerto el padre, juicios en los cuales la prueba podía ser magnífica, insuperable, pero siempre se resolvía el negocio en la declaratoria fría y sistemática de la ilegitimidad de personería como excepción.

La H. Corte Suprema de Justicia no obstante compartir la tesis general de derecho sobre la “legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia”, creyó no vulnerar tal criterio sosteniendo a la vez, que la Ley 45 de 1936 en su artículo 7º, al remitir a los artículos 403 y 404 del Código Civil, habría consagrado una verdadera excepción al principio de la legitimidad de personería en quien tenga un interés jurídico en la materia.

Tales artículos, se decía por nuestra H. Corte, estatuyen que solo es contradictor legítimo el padre contra el hijo y el hijo contra el pa-

dre, sus herederos lo representan como contradictor legítimo únicamente cuando ha fallecido antes de pronunciarse la sentencia.

Esta última parte debe entenderse naturalmente, en el sentido de que la muerte del presunto padre natural ocurriera después de promovida la acción de investigación de la paternidad natural, pero sin que se hubiese dictado el respectivo fallo.

También se dijo por la H. Corte antes de la revaluación de la tesis comentada, que de conformidad con el Artículo 402 del Código Civil, que así dice: “Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario:

1º—Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

2º—Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.

3.—Que no haya habido colusión en el juicio”, es necesario que la sentencia se haya dictado contra legítimo contradictor para que surta los efectos previstos en el artículo 401 del mismo Código, es decir, efectos erga omnes, efectos contra toda persona de manera obligatoria, lo cual debía ser característica esencial de esta clase de fallos.

El Doctor Alberto Zuleta Angel, eminente jurista colombiano, también recientemente designado para ocupar un puesto en la H. Corte Suprema de Justicia, al presentarse la polémica sobre si después de muerto el padre cabía la acción de investigación sobre paternidad natural, sostuvo que “en todos los juicios que se refieren a la paternidad deberá intervenir forzosamente el padre si vive, y si este ha muerto, sus herederos”.

Para sustentar la anterior tesis, el eminente jurista citado manifiesta: “Siendo los sucesores a título universal continuadores de la persona del **de cujus**, aquéllos sustituyen completamente a éste tanto desde el punto de vista pasivo como desde el punto de vista activo, de suerte que todos los derechos, bienes, obligaciones y cargas del **de cujus** pasan en principio a sus sucesores, pues la sucesión no es sino una trasmisión de todos los bienes y cargas, salvo de aquéllos que por disposición de la ley o por la convención se extingan con la muerte del **de cujus**”.

Al estudiar la anterior tesis del Dr. Zuleta Angel, la H. Corte encontró de nuevo la misma razón para desechar la acción de investigación de paternidad natural después de muerto el padre: los artículos 401 a 404 del Código Civil consagran una excepción a la regla general expuesta.

Esta era la doctrina vigente antes del primero de octubre de 1945, cuyas funestas consecuencias analizaremos más adelante.

La anterior tesis fue revaluada a partir de la fecha indicada arriba por nuestro más alto Tribunal de Justicia, con argumentaciones de irrefragable solidez jurídica, impregnadas además de una mayor lógica frente a los derechos que el estatuto de 1936 concede a los hijos naturales.

En primer lugar se observará que el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 remite entre otros, a los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil, pasando por alto el 402 de la misma obra.

La ausencia de esta disposición, o mejor, la inaplicabilidad de ella a los casos de filiación natural según se estimaba, reforzaba los argumentos de quienes sostuvieron por largo tiempo la tesis de la extinción de la acción de investigación de la paternidad natural después de muerto el padre.

Pero con una mayor lógica jurídica y con una más acorde interpretación del conjunto de los citados artículos de nuestro Código Civil, la H. Corte Suprema llegó a la conclusión de que el artículo 402 del Código Civil no se puede desligar de los otros textos citados, por lo cual, al aplicar éstos es de rigurosa aplicación aquél.

En realidad, parece de más aceptación esta tesis, toda vez que los mencionados artículos escalonan una serie de consecuencias que no se darían por separado.

El artículo 401 del Código Civil establece el alcance jurídico de los efectos del fallo que declara "verdadera o falsa" la calidad de hijo (natural en nuestro caso), previniendo que no solo vale contra las personas que intervinieran en el juicio sino respecto de todos, es decir, erga omnes.

Ahora bien, para que tales efectos se produzcan en los fallos citados, el artículo 402 del mismo Código exige algunos requisitos entre los cuales está el de que tales fallos se hayan pronunciado contra legítimo contradictor (numeral 2º del citado artículo).

Analizando conjuntamente estos dos preceptos, como es de rigor hacerlo, tenemos sencillamente que si el fallo obtenido en el juicio de filiación natural no fue con audiencia del contradictor legítimo (artículo 403 Código Civil), los efectos de ese fallo son relativos en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 del Código Civil que así dice: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es por lo tanto prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

El artículo 403 señala el legítimo contradictor y el 404 provee acerca de la representación del contradictor legítimo por sus herederos,

cuando su muerte ocurra después de presentada la demanda y antes de producirse el fallo.

Es evidente que la revaluación de la tesis anterior se basa en argumentos de mayor juridicidad, que unidos a otras razones de orden práctico, salvaron el espíritu de la Ley de los Hijos Naturales.

Pero hay algo más. Se sostuvo la tesis de que la muerte del padre extinguía la acción de investigación de la paternidad natural, como si el titular del derecho fuera el padre fallecido.

No es de recibo legal semejante tesis, que acarrea ingentes perjuicios precisamente a quien no se debe el insuceso que configura la extinción de la acción.

Lo auténticamente jurídico es, que mientras viva el hijo viva con él su derecho a accionar ante juzgados y tribunales para alcanzar la declaratoria de paternidad natural, pues ese derecho lo tiene el hijo con independencia de toda otra consideración externa, es decir, lo que jurídicamente se denomina un derecho *per sé*.

Pero no solamente argumentos de orden moral y social indujeron a la H. Corte a reevaluar la tesis anterior al 1º de octubre de 1945, sino que con gran sentido práctico y lógica contundente aquella corporación expuso en fallo del 1º de octubre de 1945 lo que sigue: "Además, este no puede entenderse simplemente como estado desde el punto de vista familiar o social o moral, sino también desde el punto de vista patrimonial. Y sería un contrasentido dar por extinta la aludida acción con la muerte del padre, la que señala el momento de la apertura de su sucesión según el artículo 1012 del C. C., y determina la vocación, al llamamiento de que habla el artículo 1013 *ibidem*...".

Y naturalmente, revaluada la tesis de la extinción de la acción de investigación de la paternidad natural con la muerte del padre, surge inmediatamente la operancia del artículo 1155 del Código Civil, para hacer responsables a los herederos de éste, quienes en consecuencia pueden ser demandados por el hijo natural o quien lo represente legalmente, para ventilar ante juez competente la paternidad natural del *de cuius* en relación con ese hijo natural.

Hace poco, la prensa capitalina dio suscitadamente algunas noticias acerca de las actividades de las comisiones reformadoras de los códigos y allí se podía leer que la tendencia reformista pretende volver a la tesis del legítimo contradictor, o lo que es lo mismo, que muerto el padre se extingue la acción de la paternidad natural.

Por eso creemos oportuno exponer algunas ideas acerca de las consecuencias funestas que acarrearía tal retroceso, distintas de las inconsecuencias de orden jurídico anotadas atrás.

## LO QUE OCURRIRIA EN EL ORDEN PATRIMONIAL

Ya anotamos arriba una frase precisa de la H. Corte que expone la idea de que sería aberrante por decir lo menos, que al momento de abrirse la sucesión del presunto padre natural, se extinga la acción de investigación de la paternidad natural, desconociendo así la importancia del aspecto patrimonial del estado civil.

Dos importantes preguntas surgirían en caso de que la tesis del legítimo contradictor volviera a tener vigencia.

Ganaría algo el hijo natural obteniendo la declaratoria judicial de su estado civil en vida del padre?

Cuál sería la relación patrimonial resultante de tal declaratoria en vida del padre?

Supongamos que se intente la acción en vida del padre natural y que la prueba allegada al debate judicial sea lo suficientemente apta para alcanzar la declaratoria de hijo natural mediante sentencia judicial. Desde ese momento el hijo adquiere todos los derechos y contrae todas las obligaciones que la ley le concede y le impone.

Pero una cosa es tener ciertos derechos latentes, digámoslo así, como los que le conceden a los hijos naturales los artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley 45 de 1936 y otra cosa distinta es, lograr la efectividad de tales derechos en la oportunidad legal.

Sabemos que uno de los principales atributos de la personalidad humana es el patrimonio.

El concepto clásico del patrimonio consiste en considerarlo como una universalidad jurídica diferente e independiente de los elementos que la forman e inherente a la propia personalidad humana.

Toda persona tiene un patrimonio mientras exista y no se puede desprender de él de conformidad con la teoría clásica mientras viva.

Por patrimonio se entiende el conjunto de derechos y obligaciones de carácter patrimonial que posee una persona, convertibles en dinero.

De la anterior definición surgen los conceptos del activo del patrimonio y del pasivo del mismo, pero no es el caso ahondar en tales materias, pues nuestro interés al tratar este tópico es otro naturalmente.

El activo del patrimonio que sería el que vendría a interesar económicamente al hijo natural declarado tal, como a todo heredero, se compone de los derechos que posee una persona convertibles en dinero.

Tales derechos pueden ser reales (jus in re) o personales o créditos (jus ad rem).

También es evidente, que el principal de los derechos reales de que puede ser titular una persona, es el de dominio, que es un derecho natural, exterior y superior a la naturaleza humana e independiente de la voluntad del legislador.

Tal derecho de dominio o propiedad conlleva la idea de facultad o poder moral de los seres dotados de inteligencia y voluntad como el hombre, para disponer libremente de los bienes que le pertenecen.

A este concepto del derecho de propiedad queríamos llegar precisamente, pues él ha de servir a nuestro criterio acerca de la inconveniencia de volver a la teoría del legítimo contradictor.

El concepto moderno del derecho de propiedad ha socavado notoriamente el absolutismo jurídico que al respecto existía, pero no hasta el punto de quitar al titular de él, la exclusividad que le es inherente y que le permite usar y disponer de sus bienes sin contar con nadie para ello y ejercitar las acciones que consagra la ley para su conservación, recuperación, etc.

Nuestro Código Civil define el derecho de dominio en su artículo 669 que así dice: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente no siendo contra la ley o derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad".

Nótese en esta definición de nuestro Código Civil el concepto absolutista del dominio o propiedad, que ciertamente difiere bastante del concepto de función social que le imprimió la reforma constitucional de 1936.

Los tributos en que se puede descomponer el derecho de propiedad son tradicionalmente conocidos: JUS UTENDI, JUS FRUENDI y JUS ABUTENDI.

Pues bien, para nuestros fines solo interesa uno de los atributos en que se descompone el derecho de propiedad: el JUS ABUTENDI.

Consiste tal atributo en la facultad que tiene el titular del derecho de disponer de la cosa, bien sea para consumirla, transformarla, enajenarla, etc.

Esto en cuanto a derechos reales sobre cosas corporales bien sean ellas muebles o inmuebles.

Pero la facultad de disposición de que goza el titular de un derecho personal o crédito considerado como un sub-tipo de dominio, aun-

que más limitada por la naturaleza misma de estos derechos integrantes del patrimonio, también le permite desprenderse en vida de ellos sin que nadie pueda impedirselo comúnmente.

Todos los derechos y obligaciones que encierra el concepto de patrimonio, radican en cabeza de su propietario, mientras viva naturalmente.

Entonces debemos temer fundadamente que los derechos patrimoniales del hijo natural declarado tal mediante sentencia judicial en vida de su padre, se hagan ilusorios al llegar el tiempo u oportunidad legal para hacerlos efectivos.

En realidad, quién puede oponerse a que el padre natural enajene antes de morir sus bienes, de manera paulatina si se quiere, y cuando sienta cerca la hora definitiva o antes si así lo quiere, disponer libremente también de ese dinero efectivo producto de aquellas ventas, en beneficio exclusivo de sus herederos procedentes de matrimonio?

Muchos son los medios que el ingenio humano se crea para desconocer claros derechos legal o contractualmente consagrados y por esa gama de ingeniosos artilugios, el hijo natural vendría a quedar burlado en sus más urgentes necesidades.

Las simulaciones se vendrían como por arte de magia, en número igual a cuantos bienes pudieran beneficiar en su calidad de heredero al hijo natural. y ya sabemos cuán expedito es este recurso en estas sociedades modernas en donde casi que podríamos decir, que la norma general es la mala fe y la buena fe la excepción.

No otra cosa se puede esperar de quien quiso negar ante la justicia y ante los hombres su calidad de padre natural respecto de determinado hijo, y quien seguramente continuará negando tal calidad a su cónyuge e hijos legítimos, para evitar problemas conyugales de incalculable gravedad, dada la idiosincrasia de nuestro pueblo.

Y cuántos no serán los esfuerzos desplegados por esa familia legítima para que el padre natural demuestre esa negativa, no precisamente por la importancia moral del asunto cuanto por su trascendencia económica, poniendo a buen recaudo sus bienes para que solo la beneficien a ella?

Y conste que en nuestro medio es de común ocurrencia disponer del buen nombre y de la fama de los jueces y magistrados cuando se pierden los pleitos, máxime en este caso en que a más del aspecto patrimonial va envuelto un aspecto moral de honda trascendencia social.

Reiteramos pues nuestro concepto acerca de la poca o ninguna trascendencia económica de la declaratoria de hijo natural en vida del padre, quien es dueño de sus bienes mientras viva, pudiendo hacer de ellos lo que a bien tenga, estando solo obligado a respetar preceptos legales de conveniencia pública y el derecho de los demás asociados, que le sirve como límite a su propio derecho.

Sólo al morir deja el padre de ser dueño de los bienes que en vida tenía como tal. En tal oportunidad se abre la sucesión de ese difunto padre, ofreciéndose entonces a los herederos o sucesores dos títulos para obtener el dominio de los bienes del de cujus: La ley y el testamento.

Cuando esa oportunidad se presente, el hijo natural bien puede haber sido burlado intencional y deliberadamente por quien le discutí su estado civil ante la justicia de manera obstinada y tenaz.

Y se cae de su peso, que quien afronta ante la justicia la litis correspondiente o a que da origen la acción de investigación de la paternidad natural, es porque no está dispuesto a conceder voluntariamente lo que por ley corresponde a quien es declarado su hijo natural.

Todo esto aparece más lógico si nos detenemos a pensar que ese hijo natural ya reconocido, solo tiene como heredero, una mera expectativa para hacerse dueño de lo que la ley o el testamento le asigne. De tal suerte que solo la muerte del padre viene a permitir la conversión de esa expectativa en un auténtico derecho.

De tal suerte, que de volver a la vigencia de la tesis del contradictor legítimo, o lo que es lo mismo, volver a consagrar legítimamente la extinción de la acción de paternidad natural con la muerte del padre, equivaldría a aceptar\* que el heredero natural solo alcanzara la efectividad de irrisorios derechos que le harían recordar la época oscura en que legisladores y jueces lo despreciaban.

Así, el hijo natural tendría derecho a los alimentos congruos de que habla el artículo 25 de la Ley 45 de 1936 y como una ofensa más a su condición discutida, tendría igualmente derecho al beneficio que consagra el artículo 26 de la misma ley.

#### NECESIDAD DE LEGISLACION POSITIVA AL RESPECTO

En presencia de tales peligros para los hijos naturales los cuales se encuentran latentes en toda jurisprudencia, que hoy es y mañana no, creemos necesario y conveniente que nuestros legisladores pro-

vean sobre el tema, de manera clara e inequívoca como compete a toda sabia legislación.

Que el estatuto de los hijos naturales sea adicionado con una disposición expresa que consagre la acción de investigación de la paternidad después de muerto el padre, como lo pensamos nosotros, es decir, de una prescripción de corto tiempo para el ejercicio de dicha acción.

Es que nosotros consideramos inseparables estos dos aspectos del problema de los hijos naturales y la conjugación de ellos en la forma expuesta antes, resultaría a no dudarlo, de incalculables beneficios para todos: hijo natural, familia legítima del padre natural, justicia y sociedad en general.

### DE LA PRESCRIPCIÓN DE CORTO TIEMPO

Como habíamos dicho en un principio, la Ley 45 de 1936 no avocó el problema de la extensión de la acción de investigación de la paternidad natural en el tiempo.

La facultad de ejercitar esa acción quedó ilimitada en nuestro estatuto, apartándose así nuestros legisladores del severo criterio empleado para su elaboración.

Es evidente que un precepto como el que rige en la nación francesa o por lo menos informado en su mismo espíritu, se hace de imperiosa necesidad entre nosotros, lo cual constituiría un serio paso hacia la salvación de la Ley 45 de 1936, que a pesar de todas sus bondades y a pesar de existir en países como Bélgica, Francia, Italia y otros, legislaciones más avanzadas o por lo menos semejantes, tiene sus enemigos soterrados que solo esperan la oportunidad para desvirtuarla esencialmente.

La finalidad jurídico-social que cumple la institución de la prescripción resultaría con mayor eficacia en el caso propuesto, dados los complejos problemas sociales y económicos que entorpecieron por espacio de tantos años el nacimiento de un estatuto de la categoría científica, cristiana y humana de la Ley 45 de 1936.

Si bien es cierto que esta figura jurídica de la prescripción no satisfaría los anhelos de quienes pretenden negarle todo derecho a los hijos naturales por la sola razón de serlo, sí cumple la sabia y equitativa finalidad de limitar en el tiempo la duración de un estado de incertidumbre patrimonial y moral, clarificando así los derechos en aras de la tranquilidad social.

De conformidad con el artículo 2512 del Código Civil, la prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones ajenas por el hecho de no haberse ejercitado éstas durante cierto tiempo legalmente fijado.

De tal suerte que el fundamento jurídico de la prescripción extintiva está precisamente en la inercia del acreedor frente a su deudor, entendiéndose tal inercia como un abandono voluntario por su parte, del derecho de accionar que le conceda la ley.

La prescripción, sea ella adquisitiva o extintiva, pertenece a la órbita del orden público por su tendencia a dar firmeza a los derechos de los asociados y de garantizarlos en forma tal, que garantiza a la vez la seguridad social.

Las sociedades modernas, tan complicadas de por sí, han encontrado en el fenómeno jurídico de la prescripción una especie de muro de contención para los innumerables litigios que acarrearían los múltiples encontrados intereses materiales que se agitan en su seno.

Ella lleva al derecho su influencia apaciguadora desde los tiempos de los romanos y es esa la razón para que todas las legislaciones contemporáneas la consagren inevitablemente.

La prescripción extintiva o liberatoria que lleva en algunos casos el agotamiento definitivo de la acción, propicia lógicamente esa seguridad jurídica tan ambicionada por las sociedades actuales, que no quieren dejarla a la acción destructora del tiempo el resultado de litigios cuyos fundamentos primordiales se encuentran en hechos de bastante antigüedad.

Como regla general de derecho, todos los créditos, los derechos y las acciones, están sometidos al fenómeno jurídico comentado.

Así, una prescripción de corto tiempo consagrada legalmente por nuestros legisladores, para accionar en busca de la declaratoria de paternidad natural, no solo se acomodaría a tal principio general de derecho por tratarse de una acción establecida en nuestra ley positiva, sino que alcanzaría más importancia y una mayor justificación por la alta finalidad jurídico-social que vendría a cumplir.

### PRESCRIPCIÓN SUI-GENERIS

Es evidente que la prescripción o lo que nos hemos dado en llamar tal en el caso que nos ocupa, vendría a diferir notablemente de la auténtica prescripción establecida en nuestro derecho, por sus modalidades y efectos especiales.

Pero no es el caso de ponernos a buscar nombre especial a esta prescripción sui-géneris, pues la finalidad perseguida quedaría satisfecha con la precisión de que gozaría cada una de las voces de la disposición que vamos a proponer.

En realidad, la importancia que en el orden jurídico y social vendría a cumplir la prescripción en los juicios tendientes a investigar la paternidad natural, requiere que la excepción a que da origen esta figura jurídica, deba declararse de oficio por el fallador, sin necesidad de que se proponga a su consideración por el interesado en su declaratoria.

En tal sentido se diferenciaría notablemente de la prescripción común, en la cual el fallador está inhibido para declarar probada oficiosamente esta excepción, aunque ella esté plenamente demostrada en el expediente.

Tampoco podría ser modificada por convenio de las partes, toda vez que el orden público está interesado en su efectividad, ni siquiera en el sentido de acortar el tiempo requerido para que se produzca la extinción de la acción, por razones obvias.

Y así veremos que aparecen más diferencias, de conformidad con nuestras ideas al respecto y lo que existe en nuestro derecho en materia de prescripción.

### CONDICIONES DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN

Para una perfecta valoración de la institución de la prescripción, se hace indispensable pre-establecer acerca del plazo de ella, lo siguiente:

- 1º—La extensión de ese plazo.
- 2º—El punto de partida, o sea desde cuando empieza a contarse ese plazo.
- 3º—Los casos de prolongación de ese plazo, por razón de suspensión o interrupción; y
- 4º—Las modificaciones que la convención podría introducirle a ese plazo.

Veamos cual es nuestra idea acerca de estos factores, cuando se trata de la prescripción especial de corto tiempo por la cual propugnamos, en los juicios de la investigación de la paternidad natural.

1º—**Extensión del plazo.**—Ya vimos cuál es la legislación vigente en Francia al respecto, en la cual la prescripción para estos casos no cuenta para nada con la muerte del padre o presunto padre natural.

Allá, la madre o el tutor dativo en su caso, del hijo natural, tienen un plazo de dos años a partir del parto para hacer uso de la acción en caminata a obtener la calidad de hijo natural, con las modalidades ya expuestas por razón de la persistencia de las relaciones sexuales y del cumplimiento de los deberes del padre para con su hijo.

El hijo por su parte, cuando durante su menor edad no se ha intentado la acción por alguna de las personas mencionadas arriba, tiene un plazo de un año para accionar jurídicamente, a partir del cumplimiento de su mayor edad.

Como ya dijimos, esta especie de suspensión de la prescripción de que gozan en Francia los hijos naturales menores de edad, encuentra plena justificación a la luz de la ciencia del derecho y encaja perfectamente en la tendencia proteccionista cada vez más creciente, de las legislaciones modernas en favor de los incapaces, pues no sería equitativo el agotamiento de una acción cuando aún no está el titular de ella en capacidad de intentar la efectividad del derecho que protege.

Al implantar en Colombia la prescripción de corto tiempo, es indispensable tener presente una variación importante respecto de la legislación francesa.

Para ser consecuentes con lo ya expresado acerca de la ineffectividad de los derechos patrimoniales de los hijos naturales, cuando estos alcanzan la declaratoria de tal calidad en vida del padre, el punto de partida para la prescripción, debe serlo la muerte del padre o presunto padre natural.

Pero esto ya es materia de segundo factor enunciado, es decir del momento en que empieza a contarse el tiempo para que la prescripción surta sus efectos legales.

Como lo consignaremos en el artículo que a manera de proyecto elaboramos al final de este trabajo, creemos suficiente no solo para el titular de la acción, sino también para la justicia y para la sociedad en general, un plazo de dos años contados a partir de la muerte del presunto padre natural.

Este plazo es más que suficiente para hacer surgir a la vida jurídica una condición social conocida por los interesados en ella y cuya demora en hacerlo redundaría en perjuicio para todos: justicia, hijo natural, familia legítima del padre natural y sociedad.

Naturalmente, este plazo sufrirá una modalidad especial de prolongación, o más técnicamente de suspensión, en favor de los incapaces por razón de la edad, como lo consignaremos a su debido tiempo, pues de no ser así la justicia se resintiría y se violarían claros y an-

tiguos principios de derecho, vigentes en las naciones más civilizadas del universo.

Si pasamos los dos años de la muerte del padre, la madre o el tutor dativo en su caso, no han intentado la acción pertinente ante juez competente para obtener la declaración judicial del estado de hijo natural, o si pasamos esos mismos dos años después de llegar a la mayor edad, el hijo natural, ya muerto el padre por supuesto, aquel no lo ha hecho, esa acción consagrada por la ley 45 de 1936 se destruye definitivamente, clarificándose así una situación jurídica ambigua, contentiva de múltiples aspectos de reconocida importancia, no solo para las familias legítima y natural, sino también para los asociados en general.

2º— **Punto de partida del plazo para la prescripción.** Aquí es donde diferimos del criterio de los legisladores franceses en el problema jurídico que veníamos estudiando.

Como ya lo hemos repetido varias veces y como puede verse de las claras voces del artículo 340 del Código Civil francés, en aquella nación no cuenta para nada la muerte del padre natural para efectos de computar el tiempo legalmente consagrado para que se configure la prescripción de corto tiempo establecida para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural.

En efecto, en Francia la madre o el curador dativo tienen el plazo de dos años de que ya se habló, pero tal plazo empieza a contarse a partir del parto.

Y el propio hijo natural que se pretende hijo de determinada persona, tiene derecho a accionar ante la justicia hasta un año después de cumplir la mayor edad, sin que hable la disposición del Código Civil francés de la muerte del padre natural para nada, lo que lógicamente debe entenderse en el sentido de que, una vez llegado el hijo a su mayor edad y pasado un año después de tal acontecimiento, sin que haya ejercitado la acción correspondiente, ésta prescribe aun cuando viva el padre.

Para no repetir conceptos ya expresados, queremos resumirlos aquí y agregar un nuevo argumento para la conveniencia de establecer como punto de partida del plazo de la prescripción, la muerte del presunto padre natural.

Ya habíamos dicho que los derechos patrimoniales del hijo natural se verían burlados fácilmente por el padre, en el caso de alcanzar el primero la declaratoria respectiva, pues ese padre haría uso inmoderado quizá, de artimañas y simulaciones tendientes a favorecer

a su familia legítima antes de morir, dejando así exhausto su patrimonio, en perjuicio del hijo natural declarado tal por sentencia judicial.

Los argumentos expuestos entonces, nos sirven ahora para proponer que al insertarse en nuestra legislación positiva un artículo consagratorio de la prescripción de corto tiempo de que venimos hablando, la muerte del presunto padre natural sea su punto de partida.

Pero hay algo más en favor de la anterior tesis. En efecto, lo que en derecho conocemos con el nombre de temor reverencial, vendría a interferir necesariamente en la mayoría de los casos, el libre ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural, con el consiguiente perjuicio para el hijo natural, la parte débil de la relación jurídico-procesal a trabarse.

El temor reverencial, operante a nuestra legislación positiva en los artículos 1.513 y 1.029 del Código Civil, consiste en el.... "...temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto".

Ese temor reverencial tendría su campo de acción privilegiado en los casos de investigación de la paternidad natural, pues es apenas lógico que sean los padres y en general los ascendientes, quienes merezcan la reverencia y sumisión por parte de sus hijos y descendientes en general.

Analizado así el punto de partida de la prescripción de corto tiempo que pretendemos proponer para la acción de investigación de la paternidad natural, consideramos indispensable que sea el hecho natural de la muerte del padre el que marque la iniciación del plazo respectivo de que hablamos en el punto primero, so pena de caer en la ineffectividad de los derechos consagrados por la Ley 45 de 1936, en favor de la familia natural.

3º— **Casos de prolongación del plazo por suspensión o interrupción.** Dice el artículo 2538 de nuestro Código Civil, que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho; y a renglón seguido el artículo 2539 de la misma obra dice que la prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Que se interrumpa naturalmente por el hecho de reconocer el deudor su obligación de manera expresa o tácita. Que se interrumpa civilmente por la demanda judicial, exceptuando los casos del artículo 2524 del Código Civil.

La interrupción natural en la forma prevista en el último artículo citado, no se daría en los casos de filiación natural, de conformidad

con nuestro criterio al respecto. Si de conformidad con el artículo 2º de la ley 45, solo el padre o la madre pueden reconocer en la forma establecida allí, a un hijo natural, mal puede darse este fenómeno en la prescripción propuesta, pues ella empieza a correr después de muerto el padre. Y si el reconocimiento ya existía a la muerte del padre, la acción no tiene objeto, lógicamente.

No ocurre lo propio con la interrupción civil de que habla el último inciso de la misma disposición, pues si por cualquier circunstancia el fallador declara probada una excepción perentoria temporal, como sería por ejemplo la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, debe considerarse interrumpida la prescripción, con todas las consecuencias que tal fenómeno acarrea.

En cuanto al fenómeno de la suspensión de la prescripción, él se impone categóricamente en el presente caso, pues como lo hemos venido diciendo a través de este trabajo, las legislaciones más avanzadas se preocupan hondamente por proteger los intereses de aquellas personas que por su estado o condición no tienen capacidad legal para hacer valer sus derechos ante la justicia, como ocurre con los menores de edad por ejemplo.

Creada la prescripción de corto tiempo para la acción de la investigación de la paternidad natural, y fijado el plazo de esa prescripción en dos años después de muerto el padre, no sería raro el caso de llegar a la ineffectividad obligada, por la ley, de los derechos de los hijos naturales.

Si muere el padre o presunto padre natural cuando aún es menor el hijo natural y pasan dos años después de la muerte del padre, cuando aún el hijo no haya llegado a la mayor edad, y sin que la madre o el curador dativo haya ejercitado la acción correspondiente, ese hijo natural se vería ante una auténtica denegación de justicia, pues la impotencia legal en que se encontraría, le impidió hacer efectivo un estado jurídico de suma importancia para su existencia.

Por eso es indispensable suspender la prescripción en tales casos, o lo que es lo mismo, legislar en el sentido de que cuando el hijo natural sea menor de edad a la muerte del presunto padre natural, no empiece a correr el plazo de los dos años sino a partir del cumplimiento de la mayor edad del hijo, que lo habilite para comparecer en juicio por sí mismo, sin necesidad de representate legal de ninguna índole, distinto de su apoderado judicial.

4º—**Modificaciones que la convención podría introducirle a ese plazo.** La naturaleza misma de los juicios de filiación natural que se

sumerje profundamente en el concepto de orden público, hace que el plazo que legalmente se fije para la prescripción de corto tiempo estudiada, no sea susceptible de modificaciones producto de la convención.

Precisamente el espíritu que tendría esta disposición se vería resentido por la intromisión convencional de los interesados en que corra o no corra el plazo prefijado para la prescripción.

La conveniencia social no puede supeditarse a la voluntad de los particulares y el hecho de que éstos pudieran modificar el plazo legal de la prescripción especial porque propugnamos, equivaldría ni más ni menos a esa supeditación.

Sería tautológico volver sobre los fundamentos jurídico-sociales de la prescripción para demostrar lo anterior, por lo cual nos contentamos con lo que de manera tan sucinta expusimos atrás.

Analizados como se encuentran los fundamentos de la prescripción extintiva y su especial y precisa operación en los casos de investigación de la paternidad natural y estudiadas las condiciones del plazo de esa prescripción en cuanto toca con nuestra tesis, nos permitimos elaborar el proyecto de artículo que sugerimos sea intercalado en la Ley 45 de 1936.

---

**Artículo.... La acción de investigación de la paternidad natural prescribe en dos años, contados a partir de la muerte del presunto padre natural.**

**El plazo de que habla este artículo se suspende en favor de los hijos naturales menores de edad, los cuales podrán ejercitar la acción hasta dentro de los dos años siguientes al día en que cumplan la mayor edad.**

**La prscripción de que habla esta disposición, se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524 del Código Civil.**

---

## OBRAS CONSULTADAS

Derechos de los Hijos Naturales .....	Gustavo A. Valbuena
Derecho Civil .....	Josserand
Las Sucesiones .....	H. Carrizosa Pardo
J. de la H. Corte .....	Germán Orozco Ochoa
Curso de Derecho Procesal Civil .....	Hernando Morales

### — Parte General —

Derecho Civil .....	Valencia Zea
Institución de Derecho Civil .....	B. Bruggi
Curso de Derecho Civil .....	Alessandri
De la Prueba en Derecho .....	Antonio Rocha

— 70 —

## OBRAS CONSULTADAS

Derechos de los Hijos Naturales .....	Gustavo A. Valbuena
Derecho Civil .....	Josserand
Las Sucesiones .....	H. Carrizosa Pardo
J. de la H. Corte .....	Germán Orozco Ochoa
Curso de Derecho Procesal Civil .....	Hernando Morales

### — Parte General —

Derecho Civil .....	Valencia Zea
Institución de Derecho Civil .....	B. Bruggi
Curso de Derecho Civil .....	Alessandri
De la Prueba en Derecho .....	Antonio Rocha

□○□

## EL MOVIMIENTO SINDICAL COLOMBIANO

Uno de los estudios realmente interesantes que como tesis de grado se han presentado últimamente en nuestra Facultad, es el elaborado por *Horacio Yepes Zuluaga* e intitulado: "Los Sindicatos y la Democracia Colombiana". Desde un imparcial, objetivo punto de vista, *Horacio Yepes* enfoca acertadamente uno de los más graves problemas colombianos: el problema social, haciendo hincapié en la forma como pueden influir los Sindicatos en la estructuración de una democracia. De este trabajo, ordenadamente dividido en nueve capítulos, publicamos el octavo, que lleva por título: "El movimiento sindical colombiano".

Creo ya necesario examinar el movimiento sindical colombiano primordialmente en su dinámica social. A través de este pequeño ensayo y en la exposición de los principios esenciales del sindicalismo he hecho referencia concreta a nuestras instituciones laborales pero me he limitado al sindicato nacional como realidad jurídica y como una estructura social de vastos alcances, sin analizar la mayor o menor fuerza y realizaciones de nuestro sindicalismo ni su adaptación a las modernas doctrinas sindicales.

El nuestro es precisamente un movimiento que a pesar del considerable esfuerzo de algunos dirigentes no constituye una fuerza muy poderosa en la comunidad colombiana. Existen instituciones y varios líderes que fatigosa y abnegadamente han luchado por darle un puesto prominente en nuestra patria y a pesar de muchos avances estamos lejos de presentar un sindicalismo bien estructurado, influyente, de perfiles auténticamente democráticos como veremos más adelante.

Algunos han señalado que una de las manifestaciones iniciales del del sindicalismo en Colombia fueron las sociedades democráticas que insurgieron en Bogotá durante el gobierno de José Hilario López y que estaban dominadas por una fervorosa ansiedad de justicia y reivindicación de derechos populares. Estas sociedades como es bien conocido llegaron a hacerse conflictivas para el gobierno y un pre-

cepto constitucional posterior las prohibió. Eran sin embargo, sociedades artesanales muy heterogéneas y aunque de importancia social no llegaron a adquirir categoría de clase.

La primera asociación profesional que obtuvo personería fue la "Sociedad de Artesanos de Sonsón" fundada el 21 de agosto de 1909. Esta fue una organización gremial compuesta por trabajadores independientes de oficios varios, sastres, zapateros, carpinteros, etc. Es la primera organización clasista que se conoce en nuestra vida jurídica.

Este movimiento social que en un principio es demasiado débil comienza a alcanzar fuerza lentamente. De 1910 a 1930 se observa un avance de subyugantes consecuencias. Durante este tiempo se reconocieron 99 sindicatos que si no tuvieron una larga existencia al menos estimularon reformas legales y despertaban una conciencia de clase. Varias circunstancias incitaban ese proceso: la industrialización del país que originaba la aparición del grupo obrero, la guerra mundial de 1914 que tuvo consecuencias para la economía política de todos los países y la revolución Rusa que es —aunque se rechace el sistema comunista— una de las tentativas sociales más impresionantes de la historia contemporánea.

Por esta época se dictan algunas normas de carácter social. Este es un hecho lógico, si reconocemos la íntima relación entre la aparición del grupo obrero en el engranaje social y la expedición de leyes sociales, circunstancia por lo demás verificable en todos los países. Y aunque las instituciones sindicales de esa época no tenían una reglamentación legal, profesional, ya que solo la ley 83 de 1931 consagra el derecho de asociación profesional, se presentaron varias huelgas apoyadas por los sindicatos. Entre las leyes sociales a que hicimos referencia pueden nombrarse la 57 de 1915 y 32 de 1922 sobre accidentes de trabajo; la 46 de 1918 sobre habitaciones higiénicas para obreros; 178 de 1919 sobre el derecho de huelga; la ley 21 de 1920 sobre conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo; la ley 4ª de 1921 que dicta normas sobre higiene en las explotaciones petrolíferas; la 83 de 1923 y la 73 de 1927 sobre creación de la oficina general del trabajo; la 68 de 1922 sobre pensiones de jubilación; la 86 de 1923 sobre auxilio de enfermedad para empleados públicos y obreros de las empresas oficiales; la 57 de 1926 sobre descanso dominical y la 48 de 1930 sobre protección infantil, entre otras, que sería largo enumerar.

Repito que solo en 1931 se reconoció la sindicalización legalmente, como derecho profesional. Con posterioridad a esta fecha se dictan muchas leyes sociales, reformas legales, y adaptación de las nor-

mas laborales a las circunstancias contemporáneas como son las leyes 10 del 34, 28 del 31, reforma agraria de 1936 y creación del Ministerio del Trabajo en 1938. La ley 6ª del 45 establece entre otras fundamentales reformas legales la jurisdicción laboral, y por último, debe mencionarse los decretos de 1950 que constituyen el Código del Trabajo vigente.

Destaco este proceso jurídico para que se vea la forma continuada como el país ha avanzado, gradual y más acertadamente en el campo laboral.

Un hecho social de gran trascendencia porque fue un serio empuje a esa mentalidad fue el conflicto huelguístico de la Zona Bananera en el departamento del Magdalena en 1928, cuando los trabajadores presionaron para que se diera cumplimiento a varias de las leyes sociales a que hicimos referencia. En esta ocasión los trabajadores fueron masacrados con las armas oficiales puestas al servicio de compañías extranjeras. En este aspecto es muy elocuente el informe del Jefe Civil y Militar destacado en esa región y que dice: "6 de diciembre de 1928. Era menester cumplir la ley y se cumplió. ¡Fuego! gritamos. La masa humana cayó como un solo hombre, el fragor de la descarga ahogó el vocerío. ¡Alto el fuego! gritamos; la tropa con admirable disciplina, no disparó un cartucho más. Resultado 13 muertos y 19 heridos". Sobra agregar que el mencionado jefe recibió calurosas felicitaciones de reconocimiento.

Por el año de 1935 el movimiento obrero se había incrementado poderosamente. El avance industrial y la migración de los campesinos a la ciudad eran las causas principales. En este año se organizan seriamente las entidades sindicales y se reúne en Bogotá la primera convención nacional sindical de Colombia. Su orientación es profundamente anárquica y confusa. Surgen de allí dos centrales sindicales con igual denominación: Confederación Sindical de Colombia. Poco a poco estas confederaciones toman conciencia de la urgente necesidad de unirse y para estructurar ese deseo se reúnen en Medellín en agosto de 1936 donde se pacta la unidad y la creación de la Confederación Sindical de Trabajadores de Colombia, C. T. C.

El 21 de diciembre de 1937 por resolución número 271, el gobierno nacional concede personería jurídica a esa confederación. Posteriormente en 1943 la confederación suprimió a su denominación primitiva la palabra "Sindical" y quedó definitivamente como Confederación de Trabajadores de Colombia, C. T. C. Gran parte del avance social de nuestro país se debe a la enérgica acción de esa entidad sindical. Si bien es cierto que se le deben anotar algunas desviaciones

perjudiciales, no puede desconocerse su influencia en favor de las masas trabajadoras. En 1933 contaba la C. T. C. con 100.000 afiliados. La confederación ha celebrado 10 congresos nacionales e influyó decididamente en la expedición de leyes como la de Cooperativas, el cumplimiento de la ley 83 de 1931 y la reforma y expedición de varias leyes sociales que no es posible enumerar. Sin embargo, su acción se ha visto perturbada por divisiones internas y políticas que han desviado sus objetivos. Así, en 1939 se celebró el III congreso y se convino como sede del IV la ciudad de Barranquilla en septiembre de 1940. Por diversas circunstancias hubo de prorrogarse la fecha para julio de 1941 y entonces se cristalizó la división del movimiento obrero que se había mostrado aunque muy débilmente desde el II congreso, reunido en Cali. Como consecuencia de lo anterior se reunió el congreso de 1940 en diciembre, por iniciativa de algunos de los miembros que estuvieron en desacuerdo con la prórroga. Asistieron 200 delegados y el gobierno los desautorizó públicamente.

Sus principales resoluciones fueron: la que declaró la absoluta independencia del movimiento obrero del estado; la que declaró caducado el antiguo comité ejecutivo de la C. T. C. y nombró uno nuevo. Se señalaron como principales reivindicaciones para los trabajadores en el aspecto sindicalista, el cumplimiento de la ley 83 de 1931, el derecho absoluto de huelga incluso en los servicios públicos, la prohibición del cierre de las empresas o paros patronales, la inamovilidad de los miembros directivos de los sindicatos, las tramitaciones de las solicitudes de personería jurídica en un plazo no mayor de 30 días y el respeto de los pactos firmados entre trabajadores y patronos. En cuanto a condiciones de trabajo y de vida, adopción por el gobierno de las resoluciones del congreso indigenista de Pátzcuaro "México", cumplimiento de la jornada de 7 horas para mujeres y jóvenes, descanso semanal remunerado, abolición del trabajo nocturno en las panaderías y del trabajo a destajo, control efectivo de la legislación social por la oficina del trabajo, reorganización de las jurisdicciones del trabajo, salario mínimo, control de precios contra la carestía de la vida, creación de bolsas del trabajo y construcción de viviendas obreras. En el campo de la previsión social, el seguro social de cesantía, enfermedad, vejez, maternidad y muerte; el derecho de jubilación a los 20 años de servicios; el seguro de accidentes de trabajo para los trabajadores agrícolas, la reeducación profesional de los accidentados o incapacitados para el trabajo, creación de servicios sanitarios por cuenta de las empresas y representación de los trabajadores sindicalizados en las juntas directivas del seguro. En lo que se

refiere a asuntos agrarios se solicita la parcelación de las tierras incultas en las zonas bananeras. En el aspecto económico, la nacionalización de los ferrocarriles, municipalización de los servicios públicos, revisión de las concesiones a empresas extranjeras, extensión a los mercados extranjeros de los productos colombianos y restricción de importaciones en competencia con los artículos del país, fomento de las cooperativas y extensión del crédito agrario, reglamentación de los transportes. Desde el punto de vista financiero, la inversión del empréstito nacional en obras públicas en favor de los desocupados urbanos y agrícolas; desde el punto de vista cultural, la educación de los grupos indígenas, becas para obreros, establecimiento de campos de deporte y fomento del teatro obrero. (1).

Planteada la división antes referida, la mayoría del comité ejecutivo de la C. T. C. y sin tener en cuenta la reunión de Barranquilla convocó un congreso para enero de 1941 al que asistieron más de 300 delegados. En este congreso se condenó la actitud divisionista, se aprobaron importantes resoluciones y se aplaudió la acción gubernamental por su apoyo a las normas e iniciativas sociales.

Pronto se comprendió que esa división perjudicaba fundamentalmente los intereses del movimiento y un comité coordinador integrado por representantes de las dos fracciones propuso fórmulas de arreglo y se convino la celebración de un congreso de unidad que se reunió en Bogotá el 18 de diciembre con la asistencia de 600 delegados. Entre las resoluciones aprobadas pueden mencionarse, la que apoya la decisión del gobierno de romper con el Eje, la que pide mayores salarios para los obreros de las industrias, de las minas y de la agricultura; se planea además la necesidad de una legislación protectora contra las enfermedades profesionales y el congreso confirma su adhesión al programa del último congreso de trabajadores de América Latina. Por esta época tenemos una unidad obrera de benéficas consecuencias. Las peticiones sociales tienen un frente común y los trabajadores constituyen fuerza importante en la nación.

El 6 de diciembre de 1943 se celebra en Bucaramanga el V congreso nacional. A esta reunión concurren representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos, privados, y trabajadores campesinos afiliados a la C. T. C. En él se trata sobre la situación general de los trabajadores frente a las diversas circunstancias industriales, económicas y sociales y se adopta una sólida plataforma social. Se estudian las fórmulas para un reagrupamiento de los trabajadores colombianos de todas las categorías, empleos y profesiones, para dar al movimiento una estructura más ajustada a sus condiciones profe-

sionales y una vinculación más comprensiva del movimiento con la situación política tanto nacional como internacional. Asistieron 700 delegados que representaban 120.000 afiliados.

En julio de 1944 se reunió en pleno la C. T. C. y se estudiaron los problemas principales de la clase obrera. Las principales resoluciones se refieren: aceptación de la política de la C. T. C. de apoyo al régimen democrático; se hizo un balance de la huelga de mayo para apoyar la vuelta del presidente Alfonso López al poder; se acordó iniciar una campaña por un aumento mínimo del 40% de los salarios de acuerdo con el costo de la vida; se acordó iniciar federaciones en la industria textil, del café, del petróleo, minería, empleados particulares, del estado y del magisterio. (2).

El VII congreso se reunió en Bogotá en diciembre de 1945, del cual salieron dos confederaciones por divisiones políticas: la C. N. T. y la C. T. C., la primera capitaneada por los gaitanistas y la segunda por los comunistas. El VIII congreso se reunió en Medellín en 1946. El IX en Cali en 1948 y el X en Bogotá en mayo de 1950. De este congreso surgieron la C. T. C. comunista y la C. T. C. de orientación democrática. Actualmente tenemos una C. T. C. de orientación puramente democrática que con las reformas que posteriormente explicaremos puede influir decididamente en la estructura social, económica y jurídica de la nación. Debemos aclarar que la organización ha sufrido en los últimos años rudos golpes por diversas circunstancias. Hasta tal punto que hoy no funciona activamente ninguna de sus federaciones, aunque existe legalmente, y que su número de sindicatos que subió muchas veces a más 300 hoy se reduce aproximadamente a 42 con 6.000 afiliados. Desde 1950 la confederación está afiliada regionalmente a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT), e internacionalmente, a la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), en igual forma que la U. T. C., la otra gran central sindical colombiana.

Las dos confederaciones que decisivamente han influido en la organización de los trabajadores colombianos son la C. T. C. y la U. T. C., Unión de Trabajadores Colombianos, la última principalmente en los años más recientes. Esta entidad acepta la doctrina social cristiana en sus métodos de lucha y objetivos sindicales. Los trabajadores en un principio mostraron ante ella serios recelos e incluso llegaron a calificarla de patronal, pero lentamente, a medida que la institución ha librado serias campañas, esa desconfianza ha disminuído admirablemente. En el momento actual tiene señalada importancia pues de acuerdo con el último censo sindical elaborado por las confederaciones

en el año pasado, contaba con 19 federaciones, 590 sindicatos y 235.000 afiliados.

La U. T. C. solo obtuvo personería jurídica el 26 de septiembre de 1949 por resolución número 248. La entidad sindical tuvo su origen en los sindicatos que desde 1945 se habían empezado a crear en diversos sectores del país. Así en el mencionado año se fundó la Unión de Trabajadores de Antioquia —UTRAN—, la Unión de Trabajadores de Boyacá —UTRABAL—, la Federación Agraria Nacional —FANAL—, y por último el 12 de junio de 1946 se fundó en Bogotá la U. T. C. Su reconocimiento jurídico se retardó porque el decreto 1313 de agosto de 1946 con el fin de consagrar la unidad sindical, prohibía en sus artículos 65 y 66 la existencia de federaciones y confederaciones paralelas.

La U. T. C. ha celebrado hasta ahora 6 congresos nacionales. En febrero de 1948 se reunió en Bogotá el segundo congreso nacional con asistencia de 530 delegados. Para los últimos días de agosto del mismo año el comité ejecutivo convocó el primer Plenum Ampliado en la ciudad de Medellín. En enero de 1950 se verifica el tercer congreso en Manizales; el cuarto se reúne en Tunja en enero de 1952 y en febrero de 1954 se realiza el quinto congreso en la ciudad de Medellín.

El último congreso celebrado por la entidad tiene lugar en Cali del 20 al 24 de julio de 1956, en el cual se aprobaron importantes resoluciones que comprendían las necesidades principales del movimiento obrero. Entre ellas podemos destacar: en el orden económico, la que solicita al gobierno que adopte una política enderezada hacia la proporcionalidad entre salarios e índices del costo de la vida, ya sea mediante la elevación de jornales o como consecuencia del abarataamiento de los precios en los artículos de primera necesidad; establecimiento de gravámenes altos al capital estático y a las tierras económicamente inexploradas para ser posible la reinstalación de campesinos en tierras nuevas mediante la traslación de la ganadería a los lugares no aptos para la agricultura y sí para la producción pecuaria, y pedir al gobierno que dé cabida en el consejo económico nacional a un auténtico representante de los trabajadores para que sea el vocero de éstos en las medidas económicas que el consejo someta a la aprobación del gobierno. En el orden sindical y educativo del trabajador, que el departamento nacional de medicina e higiene industrial y sus médicos seccionales practiquen periódicas visitas a los sitios de trabajo y sancionen a las empresas que no cumplan con las normas de seguridad establecidas en el reglamento; que los hijos de los obreros sean preferidos para la adquisición de técnicos en las artes y ofi-

cios. (mécánicos, zapateros, sastres, electricistas, agricultores, jardineros). Además solicitar al gobierno tome las medidas necesarias para que las empresas creen y organicen un instituto de especialización técnica al servicio de la respectiva industria. En el aspecto agrario la expedición de un código agrario elaborado mediante una comisión tripartita integrada por representantes de los trabajadores del campo, los propietarios y el gobierno, y que sean suspendidos los lanzamientos de colonos hasta que una comisión técnica determine si el lanzamiento es justo o injusto; si el campesino está haciendo una explotación racional de la tierra y observa buena conducta, no se debe permitir el lanzamiento. Entre las reformas de orden legal figuran las referentes a los artículos 47, 48, 57, 256, 259 y 471 entre otros y que se refieren respectivamente a que el contrato de trabajo se haga a término indefinido y solo pueda romperlo el patrono por las causales previstas en los artículos 62 y 63 del C. S. T.; abolición de la cláusula de reserva, que para la liquidación de cesantía debe tomarse como base el último salario mensual devengado y para los salarios variables el del último año trabajado. Que en las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el instituto colombiano de seguros sociales de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto. Que las prestaciones extralegales que logren conseguir las organizaciones en pactos colectivos, beneficien únicamente a los trabajadores organizados en sindicatos o se establezca para los no sindicalizados la obligación de pagar una participación al sindicato. Que el pago de subsidio familiar sea obligatorio y que cubra a todos los trabajadores del país. Se pide también la reforma al derecho de huelga en igual sentido al que antes expresamos. Otras resoluciones aprobadas se refieren al establecimiento de la semana de trabajo de 40 horas y a la reglamentación del ejercicio de la profesión de vendedores ambulantes. (3).

Seguramente el sexto congreso, del cual hemos mencionado algunas resoluciones, es de los más importantes por los estudios y problemas estudiados. En los últimos días la clase media y obrera del país se ha visto abocada a una de las más graves situaciones sociales de nuestra historia. La incontenible alza en el precio de los artículos y las diversas dificultades económicas han puesto en expectativa a todo el conglomerado social. Se han realizado algunas manifestaciones obreras solicitando al gobierno solución en lo posible esa lastimosa situación a la cual están ligados otros hechos de esencial sig-

nificación como el frecuente despido en masa de los trabajadores de las empresas. Sin embargo esas manifestaciones han sido hechos más o menos aislados y no han revestido mucha importancia, excepción hecha de la realizada en Bogotá. En esta ocasión el presidente de la U. T. C. presentó un memorándum al gobierno en el que se le solicitaba una intervención más eficaz para solucionar los problemas sociales colombianos especialmente el elevado e injustificable costo de la vida para los trabajadores. Entre esas solicitudes mencionamos: impedir más alzas en los barrios de los transportes y servicios públicos, como agua, teléfono, luz y en los arrendamientos; crear una comisión nacional de precios con representación de los trabajadores, con poder para impedir las alzas especulativas y sancionarlas drásticamente cuando se presenten; riguroso control en las ganancias excesivas de las empresas e inversión de las mismas en beneficio de los trabajadores; representación de los trabajadores organizados en todos los organismos económicos del estado; necesidad de que el gobierno garantice la estabilidad en el empleo en cumplimiento del precepto constitucional; distribución de tierras a los campesinos desposeídos de propiedad y asistencia técnica y crédito barato; reforma agraria mediante estudios sobre los problemas de tierras con la colaboración de las organizaciones obreras, con el fin de utilizar hasta el máximo de los recursos naturales y redistribución equitativa de la propiedad. Reparto equitativo del ingreso nacional.

Fuera de las anteriores confederaciones existe en Colombia como federación independiente, la Federación de Trabajadores de Cundinamarca con 32 sindicatos y 8.000 afiliados.

Los empleados en un principio organizaron asociaciones distintas a los obreros. Así en 1930 la federación de empleados de Bogotá. En 1932 se fundó en la misma ciudad la Confederación de Empleados C. N. E. Este movimiento ha tenido importancia, aunque inferior socialmente a los sindicatos de trabajadores, pero en general ha sido un factor decisivo en la expedición de leyes sociales que favorezcan sus intereses. La C. N. E. celebró cinco congresos nacionales así: el segundo en Barranquilla en 1934, el tercero en Bucaramanga en 1937, el cuarto en Cartagena en 1945 y el quinto en Cali en 1949. Debe aclararse que de acuerdo con la ley colombiana, como ya vimos, no existe diferencia legal entre empleado y obrero. Pero socialmente se ha establecido. Las principales federaciones y sindicatos de empleados que se han reconocido son: Federación Nacional de Empleados, Federación de Empleados de Bogotá, sindicatos de empleados de los servi-

BIBLIOTECA  
SOCIALES Y HUMANIDADES

cios públicos y asimilados, Asociación de Lintipistas de Bogotá, Federación del Personal Médico de Colombia; Federación del personal de Servicios Farmacéuticos de Colombia, Sindicatos de empleados de compañías de teléfonos, Federación sindical de personal de empresas de energía eléctrica, Sindicatos de empleados de servicios municipales, Sindicato de empleados de bancos, Unión sindical de empleados, y otras muchas asociaciones que no alcanzaríamos a enumerar y que asocian a los diversos gremios. Uno de los principales congresos celebrados por los empleados asociados fue el tercero que luchó por mejores condiciones sociales para el gremio de empleados en lo referente a vacaciones, asistencia social y aumento de sueldos.

Sobra explicar que se mira como un error esta sindicalización aparte, sobre todo en ciertos casos en que pertenecen a una misma empresa empleados y obreros. Sin embargo, poco a poco, a medida que los sindicatos adquieren influencia en la vida social y los ciudadanos una mentalidad gremial, esa asociación diferente disminuirá. Precisamente en octubre del año en curso (1957), 6 empleados que ingresaron al sindicato de la Compañía de Croydon S. A. radicada en Cali, fueron despedidos por esta sola causa —aunque se encubrió este ataque al derecho de asociación profesional con el recurso de reorganización— según lo informa el sindicato de la empresa mencionada en comunicación al Ministerio del Trabajo. Esta actitud manifiesta que los empleados comienzan a preocuparse por una asociación integral con los obreros. Y manifiesta además, que los obstáculos que los patronos ponen en vez a la libre asociación no es una invención de los sindicalistas. De la solución que se dé a este conflicto depende en mucho que ese ejemplo sea o no imitado.

En lo que se refiere a la sindicalización campesina debemos señalar que es poco eficiente. Tanto la C. T. C. como la U. T. C. ha tenido una sección campesina y actualmente la última entidad cuenta con 100 sindicatos de esta clase, aproximadamente.

Como ya lo habíamos mencionado, las dos grandes confederaciones estudiadas están afiliadas, regionalmente a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores —ORIT— con sede en México y que actualmente cuenta con 25.000.000 de afiliados. E internacionalmente a la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres —CIOSL— con sede en Bruselas y que tiene actualmente 58.000.000 de afiliados. Frente a esta confederación internacional de carácter democrático está la confederación sindical mundial comunista, con sede en Moscú. Existe además la Confederación Interna-

cional de sindicatos cristianos, también con sede en Bruselas cuyas bases de lucha son las encíclicas y las normas católicas sindicales.

Dos consecuencias fundamentales podemos deducir de la anterior exposición: es la primera que las dos centrales sindicales han programado importantes reivindicaciones sociales, y en segundo lugar que sus aspiraciones han sido desviadas en algunos casos por la presión partidista y por el debilitamiento de una mística social. Son dos circunstancias que ocupan diversos períodos, igualmente perjudiciales. En efecto hacia 1938 existió en Colombia un fervor sindical que de no desvirtuarse por ciertas tendencias políticas, hubiera sido el gran avance hacia un proceso obrero definitivo. Sin embargo estas dos dolencias no son exclusivamente nuestras. Todas las asociaciones profesionales, en la mayor parte de los países, partieron de ese círculo inevitable. Y así aparecen en principio atacadas de dos males: inicialmente la violencia como síntoma de organización y posteriormente la entrega a un partido político como síntoma de descomposición. Así la C. T. C. entre nosotros actúa con demasiada beligerancia en sus primeros momentos y luego cae bajo influencias comunistas y liberales hacia 1945. Circunstancia parecida sucede al C. T. V. en Venezuela con el partido acción democrática y en el Perú a la C. T. P. y C. A. U. I. (Confederación de Artesanos unión internacoinal), con el Apra y el Comunismo internacional respectivamente. Una influencia también partidista sufre la unión sindical de trabajadores de Pichincha, del Ecuador, de inspiración claramente comunista. Y así en muchos pueblos del continente, los fines esencialmente sociales fueron dispersados por los fines políticos bajo el clima anárquico que alienta las primeras reivindicaciones obreras. Grandes renovaciones alcanzaron, en veces los gobiernos cedieron a las peticiones de los trabajadores, la clase obrera recibió rápidos impulsos pero el sindicato no podía ser una entidad firme, indiscutible, definitiva en el adelante y estructuración de los pueblos.

Es esta la etapa violenta, seriamente confusa, del sindicalismo, donde la propia fogocidad revolucionaria hace oscurecer los fines perseguidos. Pero tal equivocación es sencillamente lógica: un estado no puede nacer a una conciencia sindical intempestivamente y cuando esto ocurre se realiza con actuaciones extremadas. Por eso precisamente hay que comprender que tal hecho es un proceso y no un salto brusco hacia la incorporación de determinadas oportunidades. A esta etapa anárquica sucede dentro de un proceso de formación democrática de la comunidad la etapa de autenticidad sindical, de or-

ganización de los grupos obreros y de adquisición y práctica de una política social por el estado.

Luego de la situación estudiada el pueblo colombiano cayó en un letargo sindical que las centrales obreras especialmente la U. T. C. ha logrado disminuir. Esta indiferencia se refiere principalmente al derecho de asociación. No es propiamente frente al problema obrero o social que se está apoderando cada día más de los espíritus, febrilmente, sino frente a los sindicatos representativos de la lucha social.

Esta indiferencia encuentra dos bases principales: la ausencia de líderes influyentes en las masas —aunque hay algunos importantes pero en número muy escaso— y la falta de una protección eficaz por parte del estado a las necesidades obreras, al derecho de asociación y a la importancia de las opiniones sindicales en los graves problemas por que atraviesa el país.

Así que esta postración encuentra bases en el sindicato mismo en los afiliados y también en la actitud estatal. Pero según parece en los últimos días nuevas sensaciones y realidades se presentan y es posible que aparezca pronto una fundamental organización. Es preciso dar el gran salto de la teoría a la práctica, de las resoluciones a la realidad, de las circunstancias literarias a los hechos objetivos. Respecto de las entidades en sí mismas, la superación se exige en tres campos primordialmente: el económico, el de capacitación técnica, el educativo y de propia orientación social. Estas necesidades guardan estrecha relación con las proyecciones y fuerza del sindicato en la sociedad. Se exige un fondo económico disponible para suplir las necesidades más elementales de los obreros en caso de una declaratoria de huelga. Si falta, no será posible detener determinadas actuaciones de los empresarios con las cuales buscan debilitar el movimiento sindical o desalojar líderes que consideren peligrosos. Diariamente muchas tentativas desaparecen ante la expectativa de que durante el paro legal los trabajadores no tienen forma de subsistencia. Y la mayor parte de los sindicatos colombianos carecen de un fondo apreciable porque las cuotas sindicales son demasiado reducidas, la contabilidad mal llevada o aprovechada por líderes inescrupulosos que desquician las entidades y siembran la desconfianza. Claro que esta cuestión económica debe tener una mayor proyección como cajas de ahorro, cooperativas, etc. para crear una verdadera solidaridad profesional, pero al menos sí es indispensable ese fondo para evitar la sensación de desamparo que pudiera existir en los momentos de más dramática y positiva decisión obrera.

Otra finalidad fundamental es la educación de los líderes; en ver-

dad muy pocos líderes se encuentran capacitados para cumplir acertadamente las relaciones de la entidad con la política económica y con el movimiento de la sociedad moderna. Es obvio que el nivel educativo de los obreros es todavía más alarmante y que mientras esta situación no se modifique es muy difícil que se alcance una alta conciencia social.

Otro hecho de lamentable consecuencia es la falta de adoctrinamiento social del trabajador para crearle una conciencia de clase y ponerlo en contacto consciente con sus propias necesidades y significación. Es la incapacidad de comprensión que hace que el grupo muchas veces no sea más que una masa informe y ajena a todos los hechos que diariamente deterioran o dificultan su desarrollo. Y aquí aparece un hecho inminentemente peligroso y dramático: que por la falta de una conciencia sindical y por la falta de análisis para sus propios derechos, los trabajadores colombianos han sido lanzados desde hace mucho tiempo a la más tremenda carnicería política. Nuestros compatriotas han sufrido en cada una de las elecciones la más terrible sangría, especialmente en los campos. Esto no es solo un mal de la democracia colombiana sino también de la forma delesnable como está integrado el grupo obrero, de la falta de unidad o relación solidaria, en tal forma que nuestros obreros amarrados a las fuerzas políticas tradicionales han destruido a sus compañeros porque colocan el interés político por encima del interés sindical en un sacrificio inútil y pavoroso.

Sin embargo, como decíamos antes, el país asiste al nacimiento de una conciencia social. En todos los sitios el tema social es el más frecuente y subyugante. Esta situación es preciso transplantarla al grupo obrero y formarle una clara conciencia de clase y una mentalidad renovadora y eficaz. Esta es una labor que compete exclusivamente a los sindicatos porque en el país muchos intereses tratan de opacar esta fundamental renovación y planteamiento ante la vida. Además será preciso una campaña de sindicalización y destacar la importancia del movimiento obrero en la vida y sociedad modernas.

Dentro de este plan de creación de una verdadera comunidad social nuestro sindicalismo deberá comprender que los fines sindicales tienden también a la transformación de las actuales estructuras económicas y que es preciso presionar a cada instante los poderes públicos para obtener que las solicitudes laborales sean acogidas por la ley y el gobierno. Ya veremos en el próximo capítulo la forma como el sindicalismo puede contribuir a la formación democrática del esta-

do pero por ahora afirmemos que solo un sindicalismo fuerte, es un sindicalismo respetado.

En relación con las anteriores consideraciones nos parece extraordinaria la iniciativa que actualmente se estudia de fusionar las dos centrales obreras colombianas en una sola gran central nacional. Este es un antiguo y permanente deseo de todos los que comprendemos la importancia que para nuestra vida social traería esa unión. Sin embargo por diversas circunstancias ha sido otras veces rechazada. Así en 1954 se expidió el decreto número 3111 por el cual se crea el Consejo Nacional Sindical con sede en Bogotá que pretendía aunque en forma diversa unificar el movimiento obrero en sus relaciones sociales. Estaba integrado por representantes de las diversas confederaciones nacionales, de los trabajadores, y tendría como atribuciones entre otras las siguientes: unificar la representación de los trabajadores organizados en orden al cumplimiento de los fines gremiales y culturales del sindicalismo nacional y a la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores. Evitar que las organizaciones sindicales se desvíen de sus fines legales, y otros de importancia. Estaría presidido por el Ministro del Trabajo o el Secretario General del Ministerio. Este consejo no ha podido sesionar porque algunas entidades entre ellas la U. T. C. rechazaron esa organización pues según su concepto se trataba por este medio de orientar el movimiento obrero desde el ministerio del trabajo.

Seguramente hoy por la especial situación política revisionista que vive el país, este viejo anhelo de fusionar las dos confederaciones pueda realizarse. Y sobre todo, por el origen que tiene la iniciativa. En efecto, en los primeros días de octubre de este año (1957), visitaron a Colombia delegados de la CIOSL y de la ORIT entidades a quienes están afiliadas las dos confederaciones obreras con el fin de estudiar las posibilidades y fórmulas para la fusión. Todavía el país desconoce si esta tentativa será una realidad o seguiremos con dos centrales sindicales que trabajan distanciadas. Sé que se están ya haciendo objeciones a esta fusión y exhibiendo intereses partidistas o económicos mezquinos para evitar ese gran paso en favor del movimiento obrero. Sin embargo, debajo de estas objeciones debe descubrirse el interés de muchos de que los trabajadores sigan siendo un grupo ignorado y sin mayor importancia en el país. Comprendo que es preciso hacer mutuas concesiones y llegar a un plan conjunto de acción. Reconozco igualmente que en la actualidad la U. T. C. tiene agrupado un número de trabajadores considerablemente mayor a la de la C. T. C. pero es preciso reconocer que las dos entidades fusionadas aglutina-

rían a todos los trabajadores y por la coordinación de sus propios objetivos y medios de lucha podríamos adquirir el verdadero y ansiado sindicalismo donde todos los trabajadores se sintieran protegidos. Porque es un hecho que en Colombia, algunos despistados siguen pensando en un sindicalismo liberal o conservador. Y que subsisten todavía instituciones sindicales que aplauden las declaraciones políticas del Directorio Departamental A. o B. y le ofrecen su irrestricto apoyo. Esto no es solo desacertado sino ridículo y debe terminar la farsa (4).

Sé y me han explicado dirigentes de la U. T. C. que esa confederación nació como una reacción frente a un sindicalismo partidista. Más se debe reconocer que las diferencias que distanciaron a esa entidad de la C. T. C. era partidista, que abusó del derecho de huelga y que tenía una marcada influencia comunista. Estas circunstancias han desaparecido como cualquiera puede constatarlo. Las dos centrales son igualmente democráticas, y la objeción de que en la composición del comité ejecutivo prima un criterio político, de ser cierta, debe variarse esa situación e integrarse un nuevo y gran comité ejecutivo conjunto, sin tener en cuenta condiciones políticas sino la probada vocación de sus integrantes al servicio de los intereses de los trabajadores.

Las distancias doctrinales entre las dos instituciones no son actualmente considerables y pueden superarse bajo la forma de un sindicalismo democrático. Ya vimos que afiliación regional e internacional es igual. Además en los capítulos anteriores señalamos algunos principios que pueden orientar el sindicato moderno en sus fines y táctica sindical y que las últimas escuelas sindicales entre las cuales ocupa un lugar importante la social-cristiana aceptan que esos principios pueden integrarse en un sindicalismo esencialmente democrático que acoja más o menos las siguientes premisas esenciales: independencia del estado pero influencia en el mismo para la promulgación de leyes sociales, cambio relativo de las estructuras económicas y capitalistas por un nuevo orden social, superación de las clases y destrucción del germen de lucha clasista mediante una mejor distribución de la riqueza; rechazo a la violencia como medio de lucha social, independencia de los políticos, reconocimiento de la propiedad privada pero ajustada a una regulación social auténtica; estado democrático como estructura jurídica, estado intervencionista como estructura social, permanente influencia del grupo obrero en la comunidad, negación de la dictadura de cualquier clase social, aprovechamiento de la huelga local como táctica sindical para asegurar justos

reclamos cuando sea necesario y continua defensa del grupo obrero y sus derechos.

Creo que un movimiento social sobre esta plataforma u otra idéntica es de aceptación general. Inventar abismos insalvables cuando un proceso de crítica social y económica ha depurado ampliamente las diversas concepciones sindicales es un lamentable servicio a las masas trabajadoras que ojalá no ocurra esta vez en nuestro país.

En todo caso, si la anhelada y conveniente fusión no se realiza, es necesario al menos que en algunas situaciones se logre una actividad común, unitaria, frente a determinados problemas o hechos nacionales de grave influencia en la vida de la clase trabajadora. Esto podría hacerse mediante comités de enlace de las Confederaciones existentes que acordaran una acción conjunta. Existen en efecto, muchas situaciones en las cuales es inconcebible que no se presente unidad de acción o de reclamo: en aumento de salarios, en la solicitud de medidas que rechacen la especulación, en la búsqueda de un mejor nivel de vida, en la derogatoria o promulgación de determinadas medidas económicas.

Entre los principales objetivos que preocupan el sindicalismo colombiano en el aspecto de la acción sindical puede mencionarse la eficaz protección al derecho de asociación. es preciso impedir que los patronos despidan a los trabajadores por el solo hecho de sindicalizarse como ocurre con frecuencia, y garantizar eficazmente el fuero sindical. Por eso las últimas solicitudes obreras recalcan la necesidad de abolir el plazo presuntivo de trabajo y la cláusula de reserva. Estas normas se prestan a que los que han ocupado posiciones directivas en los sindicatos o en las tareas de agitación sean despedidos una vez cumplido el plazo presuntivo o mediante el preaviso, con lo cual se expulsan de las empresas, legalmente, a aquellas personas que por su consagrada vocación para defender los intereses laborales constituyen una restricción a la libertad e intereses del empresario. O puede originar el burocratismo sindical, pues los directivos de las entidades frente al peligro antes mencionado, luchan por continuar en esa posición lo que en veces es indudablemente perjudicial. Por eso se afirma por los trabajadores que la relación laboral debe subsistir mientras subsistan las causas que originaron el vínculo del trabajo.

Dentro de las últimas conquistas de los trabajadores colombianos están el subsidio familiar y el servicio nacional de aprendizaje que son desde mucho tiempo permanentes aspiraciones de los asalariados. A pesar de estas reformas hay un alarmante contraste entre el valor de los ingresos económicos de nuestros trabajadores y los gastos in-

evitables que deben hacer para subsistir dignamente, es decir, entre los salarios y el precio elevado de los artículos de primera necesidad. También es digno de notar la formación de una conciencia sindical y el generoso impulso que en los últimos años, por presión de los sindicatos, han recibido las convenciones colectivas.

De tal manera que el sindicalismo en Colombia, a pesar de sus deficiencias, es más importante de lo que generalmente se cree. Por carecer de grandes medios de difusión muchas realizaciones y conquistas se quedan desconocidas. Es lamentable que nuestros grandes diarios que tienen dispuestas las primeras páginas para las conclusiones de la Andi o Fenalco, destinen los rincones de las últimas —lo que por otra parte ocurre muy excepcionalmente— para las conclusiones de los congresos de los trabajadores. Es preciso que esa actitud de la prensa nacional varíe ya que el bienestar de los trabajadores debe interesar a toda la ciudadanía. Necesitamos una colaboración más real con la fuerza del trabajo si queremos lograr una estructura democrática. La lucha no puede ser solamente de los líderes obreros que las más de las veces son menospreciados, sino de todos los colombianos, que debemos comprender que todo cuanto se haga por debilitar la fuerza de los trabajadores organizados es un golpe contra la verdadera democracia.

## BIBLIOGRAFIA

- (1) **El Movimiento Obrero Latinoamericano**, págs. 186-187. Moisés Poblete Troncoso.
- (2) *Idem.* Pág. 189.
- (3) **Conclusiones del Sexto Congreso Nacional.** Revista de la U. T. C.
- (4) **(N. de la R.)**. Con fecha 29 de mayo de 1958 las directivas de la U. T. C. y la C. T. C. firmaron un trascendental acuerdo por medio del cual se crea un Comité de Coordinación y Enlace, con miras a adelantar en todo el territorio nacional una intensa campaña de unidad entre los sindicatos auténticamente democráticos, sobre las siguientes bases: a) Aprovechar todas las fuerzas vivas de los sindicatos libres en las campañas por el mejoramiento del nivel de vida del trabajador colombiano y, en este orden de ideas, luchar aguerridamente contra el comunismo y demás tendencias totalitarias; b) Estimular la creación de instituciones encaminadas a coordinar las actividades de los sindicatos que siguen los postulados del sindicalismo libre; y c) Adelantar sus campañas al margen de las luchas de partido y de todo aquello que pueda desviar su acción eminentemente sindical.



# JURISPRUDENCIA

## JURISPRUDENCIA PENAL

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la aminorante del artículo 28 del C. P. sólo tiene operancia en el homicidio cuando el Jurado expresamente atribuye a la PROVOCACION sus dos notas características de injusticia y gravedad, no puede acogerse en forma indiscriminada y con la singular rigidez como lo hace el Juzgado. Ante todo precisa confrontar los autos para saber si el hecho provocador que se acepta por los señores jueces de conciencia es de por sí grave e injusto, aspecto éste de índole esencialmente probatoria, y en segundo término, debe tenerse en cuenta el arbitrio interpretativo que la ley da al fallador de las circunstancias o modalidades que el jurado resuelva reconocer sobre el hecho sometido a su juzgamiento.

.....

SENTENCIA RECAIDA EN LA CAUSA POR HOMICIDIO CONTRA OLIVERIO BUSTAMANTE.

MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO RENDON G.

Tribunal Superior.

Medellin, once de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho.

### VISTOS:

Ocho años de presidio, con las accesorias de ley, impuso el Juzgado 2o. Superior de este Distrito a **OLIVERIO BUSTAMANTE MON-**

**TOYA**, como responsable del delito de homicidio intencional, según sentencia de 14 de agosto del año próximo pasado, a conocimiento del Tribunal, tanto por **apelación** interpuesta por la defensa, como por **consulta**.

Habiendo sido rituada la causa con la debida observancia de las normas procesales la Sala entrará de fondo en el estudio del fallo para decidir de su mérito, no sin antes compendiar los hechos que, en síntesis, fueron:

En la noche del 5 de marzo de 1956, en una cantina del barrio de tolerancia del municipio de Venecia, se hallaban ingiriendo licor y en son de parranda, Gildardo y Luis María Herrera Sánchez-hermanos—y la mujer pública Marina Mejía. Entusiasmados con las repetidas libaciones, ya al filo de la media noche, resolvieron arreglar un paseo para la estación "Palomos" y para el efecto contrataron los servicios de Oliverio Bustamante, chofer de profesión, quien en ese momento estaba también de farra en el mismo establecimiento, en compañía de la mujer Leticia Urrego.

Convenido el viaje, las cinco personas nombradas ocuparon el automóvil de Bustamante y salieron en la dirección ya dicha, con el ánimo de seguir apurando licor a lo largo del camino. Por lo avanzado de la hora no encontraron cantinas abiertas y tuvieron que limitarse a beber en la del señor Antonio Estrada Restrepo, situada en el paraje "Las Peñas", establecimiento al que arrimaron tanto de ida como de regreso, y ello porque el propietario accedió a abrirles.

Precisamente en esa fonda y cuando en ella estuvieron de regreso de "Palomos", aproximadamente a las tres de la madrugada, ocurrió el homicidio de que da cuenta esta investigación, sobre cuyos pormenores y circunstancias no pudo ser muy clara la actuación, dado el alicoramiento de los contertulios la parcial percepción que de los hechos tuvieron quienes atendían la cantina, la hora en que ellos ocurrieron y al ignorarse por los testigos lo que procesado y ofendido se dijeron momentos antes de consumarse la acción homicida.

Entresacando los datos que suministran las distintas versiones se concluye que el acusado, cuando se encontraba por segunda vez en la cantina de Estrada Restrepo, trató por todos los medios de persuadir al occiso, a su hermano y a la mujer que los acompañaba para que regresaran a Venecia sin más dilaciones, alegando que tenía que madrugar a trabajar, pero no logró convencerlos porque el ánimo de ellos era el de continuar la parranda. En vista de esta negativa pidió entonces que le pagaran el viaje para él irse con la Urrego, lo que debió motivar la dis-

cusión entre Bustamante y Gildardo Herrera, en la parte de afuera de la cantina; discusión en el curso de la cual Bustamante dice haber sido ultrajado de palabra y abofeteado por el occiso, lo que determinó la reacción de aquél, quien ya desde el interior del automóvil disparó su revólver lesionando a Herrera mortalmente, después de lo cual emprendió viaje de regreso a Venecia en asocio de su compañera de ocasión.

Resumidos así los hechos que dieron origen al proceso, entra la Sala al examen de la actuación que sirvió de base al fallo condenatorio de Bustamante. De esa actuación **resulta:**

1o.—Con la prueba que exige el artículo 429 del C. de P. P. y previo concepto afirmativo del fiscal colaborador (fls. 106 a 112), la instancia llamó a Oliverio a responder en juicio, con intervención de jurado, por el cargo de homicidio común o intencional, consistente "en haber lesionado con proyectil de arma de fuego (revólver) y con propósito de matar, a GILDARDO HERRERA SANCHEZ, a consecuencia de lo cual falleció instantes después y hecho ocurrido en el paraje "Las Peñas", jurisdicción del distrito de Venecia en las primeras horas de la madrugada del día seis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis" (fls. 113 a 121).

2o.—No atendió el proveído calificador las peticiones que en oportunidad hicieron y fundamentaron los señores apoderado y representante del Ministerio Público, en orden a obtener, el primero un sobreseimiento definitivo por haber obrado el acusado en legítima defensa, y el segundo, el reconocimiento de la causal específica de atenuación prevista en el artículo 28 del C. P.—En consecuencia, la fórmula enjuiciatoria fue por un homicidio común, pero las partes se conformaron con lo resuelto por el Juzgado ya que ningún recurso hicieron valer contra la providencia.

3o.—Con el mismo acervo probatorio de la etapa sumaria, Oliverio compareció ante el Jurado el 30 de julio de 1957, asistido por su defensor Dr. Gil Miller Puyo Jaramillo y representado el Ministerio Público por el Dr. Leonidas Villegas Giraldo, funcionario distinto al que emitió el concepto de fondo para la calificación del proceso.

4o.—En esta oportunidad dio el acusado, consecuente con declaraciones anteriores, la siguiente explicación de su conducta, ante los señores miembros del Jurado:

...La noche de los sucesos estaba yo en el barrio de tolerancia de Venecia en compañía de una mujer llamada Leticia, hacía unas cuatro horas estábamos tomando cerveza, cuando se presentó a dicho lugar Gildardo Herrera con un hermano y otra persona y me solicitaron les tra-

bajara en un viaje para Palomos lo que acepté y emprendimos en dirección a tal lugar. Desde el timón que yo manejaba oí que los Herrera Sánchez cuchicheaban manifestando que si quiera habían sacado ese hijo de puta-refiriéndose a mí-que si les cobraba caro me apuñalarían, a mí me dio temor naturalmente, pero continué el viaje y como estaban cerrados todos los establecimientos regresamos a "Las Peñas" donde primero habíamos estado. Yo me dirigí en compañía de Leticia a una mesa y los otros se pararon en el mostrador. Como a las cinco de la mañana cobré el valor de mis servicios y fue entonces cuando Gildardo Herrera me dijo hijo de.....que me pagaba a puñal, yo salí fuera del establecimiento, él me siguió, diome una bofetada a la vez que trató de sacar un cuchillo, entonces yo de miedo saqué el revólver que llevaba dentro del bolsillo y le hice un disparo, sin saber qué consecuencias tuvo ese acto. Acto seguido salí en mi carro....." (fls. 129).

Por su parte, el señor Fiscal del Juzgado, luego de hacer el examen crítico de la prueba testimonial y de la confesión cualificada del homicida, concretó su tesis en los términos que el acta de audiencia sintetiza así:

".....Para sostener la legítima defensa se requiere que exista un peligro inminente.—Oliverio dice que presintió ese peligro, pero testimonios hay que dicen que no existió.—No hay esa agresión injusta que se requiere para la legítima defensa.—Ni la necesidad de defenderse puesto que estando en el carro, pudo ponerlo en marcha, sin que ello significara huida, sino simplemente terminar lo que se había propuesto, que era marcharse.—Si se cree a la Urrego en cuanto dice que Herrera hirió a Bustamante, y a este mismo que así lo afirma, podría cuando más aceptarse un estado de ira por grave e injusta provocación, lo cual no es forzado, por ello y por la personalidad del occiso.—Lee la cuestión y dice que debe contestarse afirmativamente y si se le cree a la Urrego y al acusado, poner que ello fue en estado de ira por grave e injusta provocación".

6o.—La defensa, como era lógica, invocó la plena absolución de su cliente "porque obró en legítima defensa de su vida" y no aceptó, si quiera como petición subsidiaria, la aminorante de responsabilidad admitida por el representante de la sociedad (fls. 132).

7o.—Concluido el debate, el Jurado desató la cuestión propuesta con este veredito:

"SI, PERO DEBIDO A LA INJUSTA PROVOCACION Y PELIGROSIDAD DEL OCCISO". (fls. 132).

El Juzgado acogió el pronunciamiento del Jurado interpretándolo como simplemente afirmativo de la responsabilidad del acusado. Por ello le impuso en la sentencia la pena mínima establecida en el artículo 362 del C. P.

Visto lo anterior, procede hacer las siguientes **consideraciones**, en orden a desentrañar el alcance que en derecho cabe dar al veredicto transcrito y cuya interpretación por parte del Juzgado explica la inconformidad del señor representante del acusado ante el Tribunal:

1a.—Admitido, porque es evidente, que Oliverio Bustamante dio muerte a Gildardo Herrera, y que el deceso de éste fue consecuencia natural de la lesión que con proyectil de arma de fuego se le causara, según lo demuestra plenamente los autos, el problema de fondo radica en definir el grado de responsabilidad del homicida, es decir, saber si su conducta, de acuerdo con los términos del veredicto recaído en su causa, está justificada, específicamente atenuada o es simple y completa frente a los preceptos de la ley penal colombiana.

2a.—Que no hay legítima defensa en la acción atribuida a Bustamante es cosa fácil de afirmar, pues no empece los tenaces e inteligentes esfuerzos de su procurador, ni los términos de la confesión del acusado, el Juzgado descartó esa hipótesis en el veredicto ya que, tras afirmar la cuestión fundamental de la responsabilidad, se limitó a explicarla o atenuarla al expresar que el hecho fue "debido a injusta provocación y peligrosidad del occiso". No cabría, pues, encajar la conducta así juzgada en conciencia como justa, puesto que no se aceptó la situación contemplada en el ordinal 2o. del artículo 25 del C. P.

Tan evidente es lo anterior que en esta instancia el señor defensor ha orientado toda su campaña a obtener se coloque al acusado, atendiendo a la modificación que el veredicto contiene, en el caso del artículo 28 *ibidem*, y en orden a este resultado aportó el brillante y ponderado alegato que se lee a fls. 152 y ss.

3a.—Descartada la primera hipótesis, que nada tiene que ver con el veredicto y que más fue debatida para efectos de la calificación del sumario, la cuestión se centra en la tesis del **estado de ira causado por grave e injusta provocación**, como predica el citado artículo 28, cuestión que no es fácil de desatar porque con ella se entrelazan puntos de cierta complejidad atinentes a la prueba de cargo y a los equívocos términos de la respuesta del Jurado.

Por el aspecto probatorio hay que tener en cuenta:

a).—De las personas presentes en el lugar de los hechos, dos de ellas-Luis María Herrera, hermano del occiso y Marina Mejía- no pu-

dieron darse cabal cuenta de los antecedentes inmediatos generadores del homicidio, en primer lugar por su estado de alicoramiento, y en segundo, porque la discusión que pudo haber entre procesado y occiso, debió ocurrir en la parte de afuera de la cantina, cerca del automóvil de Bustamante, sin que les fuera dado a los testigos percibir, visual o auditivamente, lo que ocurría.

Tampoco esos mismos deponentes presenciaron la culminación de los hechos, el acto mismo de la agresión armada, pues solo al riudo del disparo salieron al corredor de la cantina, cuando ya Herrera había sido lesionado y su agresor había huído en el automóvil.

Se sabe si por esos declarantes que mucho insistió Bustamante ante el occiso y ante ellos para que regresaran a Venecia o se le cubriera el valor del viaje y que por varios minutos y por el motivo dicho discutieron afuera Bustamante y el ofendido.

b). El propietario de la cantina, señor César Estrada Osorio y Juan de Jesús Castro, Ayudante, tuvieron oportunidad de darse cuenta de algunos detalles sobre el incidente entre Oliverio Bustamante y sus clientes, motivado por la renuencia de estos a regresar a Venecia, pero concretamente sobre la disputa habida y el homicidio mismo no se percataron.

c). De suerte que, en cuanto al hecho principal y sus inmediatos antecedentes, no obran en los autos otras fuentes de información que el testimonio de Leticia Urrego y la confesión del procesado. En sana crítica hay que afirmar que el dicho de aquella es acomodado a los intereses de Bustamante y ello explica que haya empezado por negar que hubiera presenciado la agresión armada, para luego admitir que sí y dar pormenores sobre los ultrajes del occiso al acusado. Y explica igualmente que en diligencia de careo con Bustamante se hubiera esforzado con derroche de imaginación y de fábula por acomodar su versión a la compleja cualificación del homicida.

Pero con todo y las sospechas que ofrecen la declarante de marras y el acusado, no puede descartarse que hubo provocaciones del occiso, verbales o de hecho, pues nadie desmiente la cualificación y se inclina el ánimo a admitirlas, ya que de otra manera resultaría inexplicable la reacción armada de Bustamante, quien hasta momentos antes del trágico suceso se había limitado prudentemente a pedir a los viajeros que regresaran o le pagaran su trabajo.

d). Para hacer todavía más admisible la cualificación pesan mucho los testimonios del hermano de Herrera y del propio padre. Según el primero, desde antes de salir de Venecia él le había quitado a Gildar-

do un cuchillo, temeroso de cualquier acto violento, conecedor como era del temperamento pendenciero y agresivo de su hermano. Según el padre de Gildardo era mucha la peligrosidad de éste, mucha su belicosidad, especialmente bajo el influjo del licor.

4a. Debe entenderse que todos esos elementos de juicio sirvieron al Jurado para estampar la agregación contenida en la frase "pero debido a injusta provocación y peligrosidad del occiso". No obstante el reconocimiento de la provocación y su calificación de injusta, la instancia acogió el veredicto en su contenido simplemente afirmativo de responsabilidad, haciendo hincapié en algunas doctrinas de la Corte Suprema de Justicia, según las cuales la aminorante del art. 28 solo tiene operancia cuando el Jurado expresamente atribuye a la provocación sus dos notas características de injusticia y gravedad.

Esa interpretación jurisprudencial no puede acogerse en forma indiscriminada y con la singular rigidez con que lo hace el Juzgado. Ante todo precisa confrontar los autos para saber si el hecho provocador que se acepta por los señores Jueces de hecho es de por sí grave e injusto, aspecto éste de índole esencialmente probatoria, y en segundo término, debe tenerse en cuenta el arbitrio interpretativo que la ley da al fallador de las circunstancias o modalidades que el Jurado resuelva reconocer sobre el hecho sometido a su juzgamiento.

Si el Jurado, en el caso debatido, aceptó una provocación injusta, ella no puede ser otra que la alegada por el acusado, objetiva y subjetivamente grave como que fueron ultrajes de hecho y de palabra de tal entidad que sería imposible restarles trascendencia. Claro está que sobre la naturaleza de los actos provocadores la única versión es la de Bustamante, pero a ella debió atenderse el Jurado cuando aceptó la provocación.

En principio hay que entender que cuando el Jurado acepta la responsabilidad de un acusado pero agrega al "sí" modalidades o circunstancias de algún contenido modificador, compete al fallador de derecho valorar esas circunstancias y apreciar su influencia en la responsabilidad del procesado. Esa libertad o arbitrio del Juez de derecho indica a su vez que no puede exigirse en un veredicto palabras sacramentales, términos precisos que reproduzcan los propios a una determinada disposición penal porque eso sería contrario a la misma naturaleza de la institución del Jurado, que juzga de hecho, sin sujeción a fórmulas jurídicas y dentro de un arbitrio otorgado por la ley procesal.

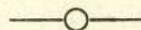
Para que se vea hasta dónde es de peligrosa la aceptación de una determinada doctrina sin ninguna reserva, no es inoportuno recordar aquí

qu edurante muchos años, a raíz de jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia, fueron entendidos como condenatorios veredictos que reconocían la defensa de la vida, simplemente porque los Jurados omitían en el texto de su respuesta la palabra "legítima", doctrina que por fortuna recogió la misma Corporación en fallo con ponencia del Dr. Carlos Arango Vélez, con el simple pero irrefutable argumento de que en parte alguna el c. p. habla de legítima defensa, sino de la necesidad de defenderse o defender a otro.

5a. Con todo detenimiento la Sala ha pesado los argumentos contenidos en el alegato presentado por la defensa en la segunda instancia y encuentra acertada su tesis central de que justa y racionalmente interpretado el veredicto proferido en la causa contra Bustamante debe ubicarse su conducta en el art. 28 del código penal.

En dicho sentido el Tribunal reformará el fallo, no obstante el concepto adverso del Ministerio Público, e impondrá como pena principal la de treinta y dos meses de presidio en lugar de ocho años .....

.....  
(fdo.) Gustavo Rendón G..... (fdo.) Luis Javier Velásquez M.....  
(fdo.) Jairo Villa Vieira..... (fdo. Emilio Montoya M.....Srio.



## CRONICA UNIVERSITARIA

## SEMINARIO DE ESTUDIO DE AMERICA LATINA

(Sucre, Bolivia; 3-24 de Mayo de 1959).

Sucre, ciudad colonial de gran tradición histórica y cultural, y de intensa actividad estudiantil, ha sido elegida como sede de un importante Seminario de estudio de América Latina, organizado por la Confederación Universitaria Boliviana y la Secretaría Coordinadora de Uniones Estudiantiles, con sede en Leiden, Holanda. El Seminario, que tendrá una duración de 21 días, concentrará a estudiantes universitarios de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Los temas a tratar son: I. El estudiante y los problemas sociales, políticos y económicos: a) El analfabetismo; b) El problema indígena; c) El desarrollo económico; d) Las dictaduras latinoamericanas; e) Soberanía e Independencia. II. Problemas universitarios y estudiantiles: a) La reforma universitaria en Latinoamérica; b) Condiciones de estudio y bienestar estudiantil; c) Viajes estudiantiles e intercambio de planes y programas; d) Prensa y radio. III. Problemas concernientes al movimiento estudiantil internacional: a) El estudio de las Uniones Nacionales y las condiciones de representatividad; b) Movimientos regionales latinoamericanos; c) El movimiento estudiantil internacional.

CALI TIENE FACULTAD DE DERECHO. MARTINEZ SARMIENTO, PRIMER DECANO.

Santiago de Cali, una de las primeras ciudades de Colombia, alegre y acogedora, tiene por fin algo que le estaba haciendo falta: Facultad de Derecho. Comenzó labores a fines del año pasado con crecido número de estudiantes. Como Decano de la Facultad fue nombrado el Dr.

Rafael Martínez Sarmiento, abogado de prestigio y colaborador de esta Revista, a quien enviamos nuestra voz de estímulo y aplauso.

#### EL DR. GUSTAVORENDON, MAGISTRADO DE LA CORTE

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, ex-profesor interno en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, colaborador de esta Revista y hasta hace poco magistrado en lo penal del Tribunal Superior de Medellín, es, desde el 12 de enero del corriente año, magistrado titular de la Corte Suprema de Justicia, el más alto tribunal de la rama jurisdiccional en Colombia. Este nombramiento, que registramos con alborozo, es apenas un justo reconocimiento a las capacidades y rectitud del doctor Rendón, autor de dos obras bien conocidas: "Curso de Procedimiento Penal Colombiano" (1947) y "Derecho Penal Colombiano" (1953).

#### BERTA ZAPATA CASAS, MAGISTRADA DEL TRIBUNAL

La abogada Berta Zapata Casas, egresada de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, fue nombrada por la Corte Suprema de Justicia, magistrada titular del Tribunal Superior de Medellín, sala de lo penal.

Es primera vez, en nuestro medio, que tan alto honor se otorga a una mujer. Razón es esta más que suficiente, para felicitar a la doctora Zapata Casas, ejemplo de consagración al estudio de las disciplinas del Derecho.

#### DR. ANTONIO J. PARDO: BODAS DE PLATA PROFESORALES

El distinguido procesalista colombiano, Dr. Antonio J. Pardo Martínez, acaba de cumplir veinticinco años de profesorado en nuestra Facultad de Derecho. Fruto de estas experiencias, es su magnífico "Tratado de Derecho Procesal Civil" (2 tomos), "el mejor que se ha escrito en Colombia sobre la materia", según Ortega Torres.

Al asociarnos de todo corazón con tan fausto acontecimiento, le enviamos a tan esforzado y probo catedrático nuestras más sinceras felicitaciones.

#### NUEVO DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Desde el mes de marzo es nuevo Decano de la Facultad de Derecho el abogado Julio Arias Roldán, quien es a la vez gerente en Medellín

de la Flota Mercante Grancolombiana. El Dr. Arias Roldán, reemplaza al Dr. José Manuel Mora Vásquez, y con entusiasmo y verdadero deseo de servir, se propone adelantar vastas campañas, tendientes todas ellas a mejorar la formación jurídica y humanística de los educandos.

Al despedir cordialmente al Dr. Mora Vásquez, presentamos un atento saludo al Dr. Arias Roldán, a quien ofrecemos sincera, decidida colaboración.

#### SEMINARIOS DE FILOSOFIA POLITICA Y DERECHO PENAL

Los doctores Benigno Mantilla Pineda y Luis Eduardo Mesa Velásquez, profesores internos de la Facultad, han comenzado a orientar sendos Seminarios de Filosofía Política y Derecho Penal, respectivamente. La preparación y competencia de los doctores Mantilla y Mesa Velásquez, unidas al entusiasmo y deseo de superación de los estudiantes que a ellos asisten, permiten augurar éxito completo a estos Seminarios, que tanta falta estaban haciendo a nuestra Facultad.

#### NUEVOS PROFESORES

Presentamos un atento saludo a los nuevos profesores de la Facultad, doctores: Rafael Restrepo Maya, de Derecho Administrativo Colombiano, quien reemplaza al Dr. Enrique Jaramillo Melguizo; John Uribe Botero, de Economía Política, quien sucede al siempre recordado Dr. Francisco Rodríguez Moya; Elías Abad Mesa, de Constitucional Colombiano, el cual releva al Dr. Ignacio Naranjo Arango; Luis Echavarría Villagas, de Economía Colombiana, en cambio de don Elías Vélez; Eduardo Isaza Martínez, de Minas y Petróleos, quien sustituye al Dr. Francisco Eladio Gómez, nombrado magistrado del Consejo de Estado; y al joven profesor Adán Correa Acevedo, quien entra a dictar Ciencia Tributaria, en vez del Dr. Evelio Gómez Gómez.

#### EL CENTRO JURIDICO OFRECIO HOMENAJE AL DR. LUCRECIO JARAMILLO

En sesión solemne, a la cual asistieron el Rector de la Universidad de Antioquia y el Decano de la Facultad de Derecho, el Centro de Estudios Jurídicos otorgó diploma de Socio Honorario al Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, por sus valiosos, desinteresados servicios prestados a la corporación. El Dr. Jaramillo Vélez, cuya sencillez y preparación juri-

dico-humanística somos los primeros en admirar, es profesor de la Facultad hace quince años, y actualmente regenta las cátedras de Derecho Civil 2o. y Derecho Romano.

#### LOS EGRESADOS EN 1958.

Aunque un poco tarde, despedimos con cariño a los compañeros que terminaron estudios, en 1958, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia:

Martin E. Alzate Alzate, José Luis Arcila Hurtado, Octavio Arizmendi Posada, Pablo E. Arroyave Gómez, J. Ernesto Builes Urrego, Lázaro Escobar Guzmán, Saúl García García, Gerardo Gómez Galindo, Oscar Jaramillo García, Guido Lalinde Viveros, Eduardo López Villa, Sofía Medina Gómez, Licinio Mena Córdoba, Raúl Ospina Ospina, Nubia Ramírez Correa, Francisco Restrepo Peláez, Alfredo Sierra Londoño, Tiberio Tirado Velásquez, Tulio Trujillo Toro, Jorge A. Vanegas Estrada, Luis Guillermo Velásquez Moncada y Nolasco Zapata Arbeláez.

#### REVISTA "CULTURA"

Se encuentra en circulación el número 5 de esta publicación de tipo cultural, dirigida con entusiasmo por el universitario de Derecho Rómulo Serna Gómez. Magnífica presentación y variado material de lectura. Hemos de decir, sin embargo, en honor a la verdad, que la calidad de los artículos ha venido decayendo. En todo caso, complacidos registramos el esfuerzo de Serna Gómez, demostración de una actitud humanística en una época mecanicista y ultra-veloz.

#### NUEVO DIRECTOR DE "ESTUDIOS DE DERECHO".

El profesor B. Mantilla Pineda ha sido nombrado director de esta Revista. Sus conocimientos y reconocida capacidad de trabajo, así como el amplio campo en el cual le tocará moverse, seguramente servirán para aumentar el ya bien ganado prestigio de esta publicación.

En adelante, "Estudios de Derecho" aparecerá semestralmente, y contará con prestigiosos colaboradores, tanto colombianos como extranjeros.

Al congratularnos con tan acertado nombramiento, aprovechamos la ocasión para despedirnos de todos nuestros amigos lectores.

LA REDACCION

## INDICE DEL VOLUMEN XVII

El daño moral subjetivo indirecto.— <b>Dr. José Jaramillo Giraldo</b> . . .	7
El Código Penal Colombiano y la crisis moral del país.— <b>Dr. Agustín Gómez Prada</b> . . . . .	58
Jurisprudencia de la Corte.— <b>Conferencia del Dr. José J. Gómez</b> . . . . .	71
La propiedad privada como función social.— <b>Octavio Arismendi Posada</b> . . . . .	79
Jurisprudencia . . . . .	82
Crónica de la Facultad . . . . .	104
Memorias . . . . .	112
La ley penal: su contenido y aplicación.— <b>Dr. Gustavo Rendón G.</b> . . . . .	117
Sujetos del Dedecho Mercantil: los comerciantes.— <b>Dr. Guillermo Peña</b> . . . . .	130
Los estados antisociales o de especial peligrosidad.— <b>Dr. Bernardo Botero Mejía</b> . . . . .	148
Los derechos inalienables de la persona humana en las filosofías de la inmanencia y trascendencia.— <b>Dr. B. Mantilla Pineda</b> . . . . .	162
La Conferencia de Bandoeng.— <b>Julio Aguirre Quintero</b> . . . . .	167
La cabida en terrenos quebrados.— <b>Carlos Puerta S.</b> . . . . .	175
La Cultura en el Derecho.— <b>Javier Henao Hidrón</b> . . . . .	180
Jurisprudencia . . . . .	183
Crónica de la Facultad . . . . .	238
Democracia Dinámica.— <b>Dr. B. Mantilla Pineda</b> . . . . .	247
Consideraciones sobre la capacidad en Derecho Comercial.— <b>Dr. Javier Gómez Restrepo</b> . . . . .	262
De la ciencia del Derecho.— <b>Dr. Ignacio Acebedo</b> . . . . .	304
La Corte Suprema de Justicia de estos últimos años.— <b>Bernardo Ruíz V.</b> . . . . .	320

La posesión en Derecho Romano.— <b>Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez</b>	328
Jurisprudencia .....	337
Bibliografía .....	371
Crónica de la Facultad .....	375
Estatutos del Centro de Estudios Jurídicos .....	379
Ponencias de la Primera Conferencia Nacional de Estudiantes de Derecho .....	389 a 592
Revocación officiosa de los Actos Administrativos.— <b>Dr. Jairo E. Duque Pérez</b> .....	593
Exceptio Rei Judicatae.— <b>Dr. Rafael Martínez Sarmiento</b> .....	605
Expectativa.— <b>Dr. Rafael Martínez Sarmiento</b> .....	618
Sobre la máxima "Gēnera non pereunt".— <b>Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez</b> .....	624
Bibliografía .....	627
Duelo: Francisco Rodríguez Moya .....	634

