

39 393



6-394570

‘Estudios de Derecho’

*Organo de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Antioquia*

1

Medellín-Colombia—Abril. 1939
Apartado postal Nro. 155

ESTUDIOS DE DERECHO

PUBLICACION TRIMESTRAL

DIRECTORES:

Martiniano Echeverri D.

Rector de la Universidad

Francisco Cardona S.

Decano de la Facultad

Aurelio Correa Arango

Secretario de la Facultad

COMITE:

50. AÑO { Enrique Arango
Raúl Sánchez
Manuel Romero

30 AÑO { Edgar Poe Restrepo
Javier Toro M.

20 AÑO { Guillermo Arbeláez

40 AÑO { Jorge Parra Suárez
Pedro Luis Gómez

10 AÑO { José D. Mesa

Administrador:

ENRIQUE GIRALDO Z.

Bibliotecario de la Facultad

P R E S E N T A C I O N

La vida jurídica nacional vive una interesante etapa de transición. Todos los estatutos que nos regían van siendo cambiados lentamente, precediendo antes una buena meditación, un buen estudio de las necesidades del país, de los adelantos que él ha experimentado, ya como unidad nacional más recia que va cuajando una cultura, ya como integrante del mundo moderno que evoluciona con tan desconcertante rapidez. Y está bien—sin fin político partidarista lo decimos—que se salga del estacionamiento, para lo cual quizás podría obrar intensamente una jurisprudencia que no tema al riesgo, pero bien intencionada, cuestión difícil en esta nación que desconfía de las innovaciones y más de aquellas que no están o no pueden definirse de un modo preciso por cánones estables. Además, es muy exiguo el número de personas que podrían intervenir en esa labor, y ellas ciertamente no son las que conducen a nuestros jueces, ni a nuestros abogados, apegados a una letra y un espíritu decimonónicos.

Por eso el gobierno trata acertadamente de hacer una revisión del Código Civil, del de Comercio, y a unificar una legislación minera, dispersa, incongruente en mucha parte, a pesar de existir un código de la materia. Se han efectuado modificaciones sustanciales en el orden constitucional, con una reforma que ha sido lo suficientemente comentada, y en el penal con una teoría nueva, que se va aplicando y que el tiempo se encargará de mostrarnos si es o no buena, ceñida o no a los adelantos de las ciencias penales, como a nosotros nos parece.

Todo ello viene al caso, para decir que en las doscientas páginas de esta Revista veremos el análisis de nuestra legislación y del derecho puro, contando para ello con la necesaria colabora-

ción de los profesores y estudiantes de esta Facultad. Aquí no habrá orientación tendenciosa, pues ello pugnaría con el espíritu universitario—Universalidad—y con nuestra inteligencia civilizada. Es preciso tener en cuenta que en nuestra Escuela las opiniones profesoriales son dispares, porque a ella no se ha venido al influjo de una corriente política o religiosa, sino por la atracción precisamente de la universalidad del pensamiento en que cada cual puede inspirarse y modelar su espíritu.

Queda por decir quién ha sido el fundador de esta publicación. Desde su entrada a la Universidad de Antioquia, el señor Rector Echeverri Duque manifestó sus deseos en el sentido de que la inquietud intelectual e investigadora de profesores y estudiantes tuviese un medio adecuado de expresión. Anteriormente la famosa revista "Universidad de Antioquia" tuvo una sección destinada a temas jurídicos, bajo la dirección del Decano y de dos Centros de esta Facultad. Pero el empeño de hacer labor más vasta no podía desarrollarse cabalmente dentro de los estrechos límites disponibles en esa revista. Por eso nació ESTUDIOS DE DERECHO.

ESTUDIOS DE DERECHO saldrá trimestralmente—dentro del año lectivo—, con un volumen aproximado de doscientas páginas; habrá además de los artículos de fondo, una sección destinada al comentario de las obras nuevas que salgan en el país y fuera de él. Hacemos un llamamiento a los autores nacionales y extranjeros para que nos envíen sus escritos, los cuales recibirán el comentario adecuado a su valor.

A los profesores y estudiantes, les decimos que estas páginas tendrán la importancia que ellos les concedan.

DR. CAMPO ELIAS AGUIRRE
Prof. de Derecho Penal de la Fa-
cultad de Derecho de la U. de A.

X HOMICIDIO CONCAUSAL, ULTRAIINTENCIONAL Y CUL- POSO

3-31, 197 -
(Capítulos de un libro en preparación).

En las formas agravadas del homicidio (el asesinato, por ejemplo) y en el caso común de ese delito (el que se llamaba simplemente voluntario), han de concurrir como condiciones esenciales estos dos elementos: relación de causa a efecto entre el acto u omisión homicida y el fenómeno muerte, y **animus necandi** o propósito de matar.

De tal manera que cuando falta alguna de dichas estructuras el homicidio es **concausal** o es **ultraintencional** o es **culposo**.

El homicidio concausal se caracteriza porque la muerte no sobreviene en calidad de consecuencia y efecto natural de los medios que pone en práctica el agente con la intención de **quitar** la vida, sino por el íntimo concurso de dos factores: la lesión **no mortal** y un hecho preexistente o superviniente.

Es ultraintencional el homicidio cuando el agente mata habiéndose propuesto ocasionar no más que una lesión personal diversa de la muerte.

Y el homicidio culposo es aquel en que el óbito de una persona lo motiva otra por imprudencia, impericia o negligencia.

callón, José A. Montalvo, Parmenio Cárdenas, Luis Rueda Concha y Valerio Botero Isaza) modificó así: "Si en los casos previstos en los artículos precedentes la muerte sobreviniere no por consecuencia directa del hecho, sino por circunstancias subsiguientes a él, o por circunstancias preexistentes que el responsable ignorara al tiempo de cometerlo, se aplicará....", etc., etc.

En semejantes términos a los que empleó la comisión de 1923, está concebido el artículo 322 del C. P. uruguayo: con circunstancias preexistentes ignoradas por el culpable, o por causas supervinientes.

En que se apoyarán la teoría y las leyes penales para atenuar la penalidad del homicidio concausal? Sencillamente en que el homicidio por concausa no alarma tanto a la sociedad como el homicidio común y las formas agravadas de ese delito.

Es palmario que en todo delito hay dos daños: el inmediato, que lo padece el ofendido o víctima, y el mediato que lo sufre el conglomerado social. Y si es cierto que desde el punto de vista del daño inmediato, lo mismo que del punto de vista subjetivo o de la intención (*dolo especial, animus necandi*), no hay diferencia entre un homicidio común y uno concausal, también es verdad que esa diferencia sí se presenta o se descubre en el daño mediato, en la alarma social, pues en el homicidio concausal la contracción del sentimiento de seguridad, la ofensa o daño al sentimiento medio de piedad, son menores que ante el homicidio común.

El profesor Irureta Goyena se pronuncia contra ese fundamento y dice que si nadie es responsable sino de lo que en realidad ha hecho, lo natural sería justificar la reducción de la pena del homicidio concausal por "**la atenuación del mal de la agresión**".

Yo diría, para eludir dificultades y discusiones, que la menor gravedad del homicidio concausal descansa en la menor gravedad del daño que infirió el agente y en la menor gravedad del daño mediato. La defensa social no tiene por qué ser rigurosa cuando la concausa surge.

Los autores de derecho penal y muchos países en sus legislaciones admiten dos formas de homicidio concausal: por circunstancias preexistentes y por causas subsiguientes.

Las circunstancias preexistentes son de tres clases: normales, atípicas y patológicas.

Son normales aquellas que se deben a una particularidad, a un accidente en una función ordinaria del organismo. Ejemplo: un sujeto que acaba de comer y está con el estómago colmado recibe un golpe en el abdomen y muere. En tal emergencia la muerte no es obra exclusiva del golpe sino el resultado concurrente de la lesión y del trastorno debido a la debilitación del órgano por efecto de la digestión.

Atípicas son aquellas que se originan en una anomalía anatómica del organismo que no influye en el estado de salud. La dextrocardia, por ejemplo. Un sujeto que tiene el corazón a la derecha recibe una puñalada en el costado derecho y cae muerto porque el arma interesó el corazón. Esta circunstancia preexistente, atípica o teratológica (teratología: parte de la historia natural que estudia las anomalías orgánicas y las monstruosidades), que cita el maestro uruguayo José Irureta Goyena, y el ejemplo que él ofrece, los estimo yo no como concausa sino como que darían más bien campo a un homicidio común.

Circunstancias preexistentes patológicas son las que tienen origen en una enfermedad de la víctima. Los libros de medicina legal abundan en casos. Uno es el del sujeto que tiene cavernas pulmonares cicatrizadas; recibe una lesión leve en un pulmón y en consecuencia revive la enfermedad y muere. Otro es el de quien se halla afectado de una degeneración grasosa del corazón; se le infiere un traumatismo en el pecho y por el traumatismo y la debilitación del órgano enfermo, muere. Otro es el de quien padece de un aneurisma en la aorta; una puñalada se le da y muere porque la punta del arma rompió la bolsa del aneurisma, sin la cual circunstancia habría sido una lesión curable en poco tiempo. Otro: el del epiléptico agredido a puñetazos; los golpes provocan un ataque y muere. Y los casos de hemofilia y diabetis, etc.

No basta que la circunstancia preexistente concorra realmente a producir la muerte; es preciso, además, que el sujeto activo ignore la concausa, porque si la conoce, si sabe de antemano la circunstancia normal, atípica o patológica, eso sería un homicidio común o un asesinato.

Las circunstancias supervivientes o subsiguientes o posteriores son fáciles de comprender.

Recibe un sujeto una lesión y es atendido por el médico, pero no observa las prescripciones del facultativo y muere. De haberlas seguido no habría muerto.

Hieren a una persona y ésta, por su cuenta sola, se aplica en ella sustancias que le aparejan una infección que la mata.

Herido un individuo, el médico, por impericia o descuido lo deja fallecer, no siendo mortal la lesión.

Mas hay que advertir que para la admisión de la concausa se necesita que sea independiente o inconexa con el daño o lesión, pues la peritonitis no evitable, subsiguiente a una lesión en el vientre, no es circunstancia o concausa, porque la peritonitis es inherente a la naturaleza de la lesión y de ésta depende.

Las lesiones **circunstancialmente** mortales tampoco abren la puerta a la concausa, como las heridas en despoblado o en lugares en donde no es dable la prestación del servicio quirúrgico o médico, **inmediato u oportuno**.

No se pierda de vista que la concausa sólo la prevén la teoría y las legislaciones para el homicidio común y para las formas agravadas del homicidio, pero no para el ultraintencional y el culposo.

Se excluye de la concausa el homicidio ultraintencional, porque en éste no hubo intención de matar sino de perpetrar una lesión personal, no más (artículo 365, C. P. de 1936), y queda fuera del homicidio culposo puesto que éste es la resultante de un acto u omisión en que no media intención de dar muerte ni de causar daño alguno, y en que alguien muere por imprevisión de lo imprevisible.

Y entonces, cómo se juzgarían y reprimirían los casos de los artículos 365 y 370 del C. P. de 1936 (ultraintencional y culposo), cuando la muerte sobrevenga por el concurso de la lesión y de una concausa subsiguiente, la única que reconoce la legislación colombiana? Si no se olvida que no existe intención de matar en el ultra intencional y en el culposo, y que en el concausal se necesita tal intención, los casos que propongo se juzgan y reprimen con arreglo al criterio de que la responsabilidad se reduce al daño que efectivamente se hizo.

Y son ejemplos de lo anterior:

1o. Un sujeto con el propósito de causar un daño o lesión personal diverso de la muerte infiere el daño o lesión, y el ofendido fallece por acción conjunta de la herida **no mortal** y de una

circunstancia subsiguiente. Pues bien: ese sujeto es reo de lesiones personales, simplemente, y no de homicidio ultraintencional; y

2o. Un sujeto por imprevisión o mera culpa hiere a otro con un disparo de revólver que se le escapó, y el herido muere por acción conjunta de la lesión no mortal y de un hecho subsiguiente. No hay homicidio culposo sino heridas o lesiones personales culposas que reprime el artículo 380 del C. P. de 1936. Y a propósito, el doctor Irureta Goyena consigna este caso: "Dos muchachos simulaban un combate, cuchillo en mano, recibiendo uno de ellos un pequeño corte en un dedo. El herido se dirigió inmediatamente a un depósito de aguas sucias, infectadas, se lavó la herida con ellas, sobreviniéndole, a consecuencia posiblemente de tal lavaje, una infección tan grande, que murió algún tiempo después: El fiscal se inclinaba a reprimir el hecho como homicidio culpable. Estaba perfectamente demostrado que no había habido intención de herir ni de matar, que era un juego de muchachos y que, a consecuencia del juego por un acto de imprevisión, había sobrevenido el accidente que dio lugar a la muerte. Yo sostuve que el hecho, de acuerdo con los principios expuestos, tenía que ser reprimido con la pena que correspondía a una lesión leve, que era la inferida en el dedo a la víctima, y para ello me fundaba principalmente en que no existiendo la concausa tratándose del homicidio culpable, el sujeto no podía ser responsabilizado sino por lo que había hecho. Había inferido una lesión leve, por imprudencia, y sólo por una lesión leve de carácter culpable debía legalmente responder ante la justicia".

La teoría de las concausas preexistentes ha sido muy combatida por eminentes criminalistas que la repudian desde el punto de vista doctrinario.

Y esa oposición al homicidio concausal por circunstancias preexistentes está fundada en una crítica irrefutable.

En primer lugar, para el legislador, uno de cuyos deberes primordiales es amparar la existencia de las personas, la vida humana no se gradúa ni se mide por el estado de salud, mayor o menor, de un organismo, ni por sus anomalías ni por sus accidentes ordinarios, y para los fines de la defensa social es lo mismo una existencia en cabal función que una vida afectada de algo que la debilita normal, anormal o patológicamente.

En segundo lugar, lo de las circunstancias preexistentes es cuestión contraria a las orientaciones modernas del derecho penal. Según esas orientaciones el criminal debe ser penado por su idoneidad, por su preparación o aptitud para el delito, aptitud, preparación e idoneidad que es lo que se llama peligrosidad o "temibilitá" entre los italianos. Y así, es obvio que tanto peligro ofrece para la sociedad el sujeto que apuñala a un tuberculoso como el que mata a un atleta en plena salud.

En tercer lugar, no puede negarse con lógico fundamento la teoría de las heridas **individualmente** mortales, que son aquellas que, en relación exclusiva con la persona lesionada, tienden el nexo estructural de causa a efecto entre el acto lesionador y el fenómeno muerte.

Y en último lugar, en la práctica el homicidio concausal por circunstancias o hechos preexistentes, corre el riesgo de que degenerare en un homicidio ultraintencional, si el reo o la defensa explotan el alegato de que no hubo intención de matar.

En el derecho francés no se acepta la concausa sino cuando es subsiguiente, y a subsiguiente la limitó el C. P. colombiano de 1936, de donde se desprende la verdad axiomática de que, bajo la vigencia de ese Código, el homicidio por concausa preexistente será o es un homicidio común, o un asesinato, según el caso.

Y habrá homicidio concausal por concausa **concomitante**? Creo que no se puede admitir, por más que los autores de derecho penal estén conformes en que se apliquen los principios concernientes a la concausa.

Ejemplo. Un sujeto se encuentra con otro, que es su enemigo, y éste va a caballo. El primero le dispara al segundo un tiro de revólver, con intención de matarlo, y la bestia se asusta y derriba al jinete, el cual muere. Pero se comprueba por los médicos legistas que la herida no era mortal y que el óbito se originó del balazo y de la caída del caballo. Como se ve, la caída de la cabalgadura concurre como hecho concomitante con la herida, pero no es él ni puede ser homicidio concausal. Qué habría, entonces? Afirmo que simplemente tentativa de homicidio, verdad que no se discute frente a la nueva legislación penal de Colombia.

Los autores extienden la concausa a un caso que sí es frecuente: recibe un sujeto varias heridas de más de una persona y ninguna de las lesiones es mortal, pero la suma de ellas acarrea la muerte como efecto natural o como resultado necesario.

Cómo, pregunto, hablar allí de concausa, en el sentido técnico de la palabra? Con acuerdo previo o sin él, la acción conjunta de los agresores sitúa a éstos en la categoría de coautores de un homicidio común o de uno agravado, siempre que en cada uno haya habido intención de matar, pues si no existió dicha intención, lo que surge es un homicidio ultraintencional en el que no cabe jamás la concausa, en tesis legal, aserto ya demostrado.

HOMICIDIO ULTRAIINTENCIONAL

El homicidio ultraintencional o preterintencional nace de un dolo eventual que es la inconexidad entre el efecto y el acto, porque a éste lo sobrepasa el efecto, siempre que concorra el segundo elemento estructural que es la relación de causa a efecto entre el fenómeno muerte y el acto que realiza el homicida.

De tal suerte que en el homicidio ultraintencional el único elemento fundamental que falta o que no puede coexistir es el tercero: el **animus necandi**, porque precisamente lo que el sujeto activo tiene intención de ejecutar es un daño diverso de la muerte.

Dice el artículo 365 del C. P. colombiano de 1936: "El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otra, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

Y el artículo 589 del C. P. colombiano de 1890 apellidaba **involuntario** al homicidio ultraintencional.

Como algunos autores hacen consistir el homicidio ultraintencional en que la muerte, consecuencia de la lesión, no ha sido prevista, pudiéndolo haber sido, y como el homicidio culpable o culposo también se caracteriza porque no se previó la muerte siendo susceptible de previsión, para deslindar ambas nociones digamos una regla general que puede tener, y tiene, sus excepciones: el homicidio es ultraintencional cuando la muerte sobreviene como resultado de un ataque a la integridad personal, y el

diferente desde el punto de vista jurídico, o de una lesión de derecho que no constituya un atentado a la integridad personal.

Ejemplos:

1o. X está examinando un revólver y por falta de precauciones se le escapa un tiro y mata a una persona. Homicidio culposo que dependió de un acto indiferente en el plano jurídico.

2o. X corre por una calle en automóvil a velocidad mayor de la permitida, y atropella a una persona la cual fallece. Homicidio culpable que se origina en una lesión de derecho que no es ataque a la integridad personal: es la violación de una orden administrativa que obliga a disminuir la velocidad en algunos lugares.

3o. X le da a N un puñetazo sin intención de matarlo, pero la muerte se deriva del golpe en relación estrecha de causa a efecto. Homicidio ultraintencional como agresión a la integridad personal de N.

La regla anterior enunciada y que el profesor Irureta Goyena sienta como absoluta, dije yo que tiene sus excepciones, y éstas se presentan en algunos casos de homicidio culposo en que hubo ataque a la integridad personal, así: X, en riña con N, le asesta al último un golpe de garrote en un brazo, y el golpeado se cae, y al caerse el choque de la cabeza contra una piedra del pavimento determina la muerte. **Et sic de ceteris.** Ese y sus análogos son homicidios culposos por falta de previsión de lo previsible y porque no concurre el elemento o relación de causa a efecto entre el acto de X y la muerte de N, a pesar de que hubo agresión a la integridad personal. Lo que pasa, sencillamente, es que en el homicidio ultraintencional el ataque a la integridad personal es el causante **directo** de la muerte, y en el homicidio culposo es medio u ocasión **indirecta**.

Y podrá compaginarse el homicidio ultraintencional con la previsión de la muerte como posible o como probable? Quien con la intención de causar un daño o lesión personal ocasiona la muerte de otro, habiendo previsto la muerte como posible o como probable, cometerá sólo un homicidio ultraintencional? El problema es grave y difícil de resolver, aunque yo creo que el homicidio así perpetrado es un homicidio común, porque prevista la probabilidad o la posibilidad de la muerte, se han aceptado por el agente todas las consecuencias, y aceptadas éstas es

como si se hubieran querido, como si fuese indiferente para el lesionado un daño o la muerte.

"En todos aquellos casos en que la muerte no haya podido ser prevista, no hay ni siquiera homicidio ultraintencional", asegura el maestro Irureta Goyena, afirmación que no consulta la realidad científica del homicidio ultraintencional, cuyas condiciones de existencia jurídica se cumplen siempre aun cuando sea la muerte de imposible previsión: es suficiente y basta el propósito de dañar, sin ánimo de matar, sobreviniendo la muerte por efecto natural y directo del daño, aunque esa muerte hubiese sido imprevisible.

Por qué el artículo 365 del C. P. colombiano de 1936 relaciona la pena del homicidio ultraintencional únicamente con el artículo 362 *ibidem*, que trata del homicidio simple o común, y no también con la forma agravada del homicidio-asesinato que reprime el artículo 363 de la misma obra?

En la legislación penal italiana el homicidio ultraintencional, lógicamente se extiende al homicidio común y a sus formas agravadas. En la colombiana y la uruguaya tan sólo se reprime el ultraintencional con la pena del homicidio simple, reduciéndola en parte.

No veo la razón para circunscribir la pena del homicidio ultraintencional al caso del artículo 362 y no referirla, también, a los casos del artículo 363, porque no puede ser lo mismo, no lo será jamás, matar ultraintencionalmente a un particular que al padre o madre, abuelos, descendientes, hermanos, etc.; no parece ser lo mismo matar ultraintencionalmente de un balazo a un hombre, que matarlo ultraintencionalmente con veneno o con incendio.

Si X le propina a su padre una puñalada, sin ánimo de matarlo, y lo mata, ese homicidio ultraintencional tiene la pena del 362, disminuía de una tercera a la mitad, como la tiene igualmente el reo de un homicidio ultraintencional en una persona extraña. No es más grave lo primero que lo segundo?

Si X le da veneno a N con ánimo de lesionarlo, no más, y le causa la muerte, ese homicidio ultraintencional, ese asesinato de ultra-intención, es naturalmente más grave que el matar ultraintencionalmente con arma de fuego o con arma blanca, y, sin em-

bargo, no es la pena del 363 la que se aplica, disminuída, sino la del artículo 362, rebajada.

La pena, en suma, del homicidio ultraintencional debería ser en relación con el homicidio común y con el asesinato.

Ya vimos atrás que el homicidio ultraintencional es incompatible con la figura denominada homicidio concausal, precisamente porque en el homicidio concausal hay intención de matar y no la hay en el ultraintencional. Sin embargo, una persona a quien un sujeto le infiere una lesión, **animus nocendi** (no **necandi**), puede morir por efecto de la lesión y el concurso de una causa preexistente o subsiguiente. Qué sucedería, entonces? Que faltando, para ser ultraintencional el homicidio, la relación de causa efecto, entre el acto y la muerte, la concausa hace degenerar el homicidio en lesiones personales, no más, lo que antes había explicado.

Plantean los autores la cuestión de si la ultraintención es compatible con el homicidio en riña y con lo que los italianos llaman **complicitá corrispettiva**.

Para dilucidar el problema copio los artículos 384 y 385 del C. P. de 1936.

El 384 reza: "Cuando el homicidio o las lesiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto, las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".

Y el 385 dice: "En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad".

El homicidio en riña (el del artículo 384) admite la ultraintención, cuando es posible probar que el agente no tuvo sino la intención de herir, de suerte que la pena sería la del artículo 365 rebajada de una cuarta parte a la mitad. Es decir: la pena del 362, disminuída de una tercera a la mitad, se rebaja de nuevo de una cuarta a la mitad.

El homicidio en concurso (el del 385), así mismo admite la ultraintención: varios sujetos pueden concurrir en la muerte de una persona; y si se ignora quién es el autor, y si faltare la inten-

ción de matar, la pena del 365 que es la del 362 disminuída de una tercera a la mitad, es la que se aplicaría, disminuyéndola otra vez en la proporción del artículo 385.

El homicidio ultraintencional no tiene tentativa. La tentativa sólo se concibe en los delitos en que el sujeto va a la agresión con una intención determinada. Cuál es el designio en el homicidio ultraintencional? Causar un daño distinto de la muerte; luego si no se causa el daño no existe tentativa de ultraintencional, ni aun realizándose el daño sin que la muerte sobrevenga.

No se produjo la lesión personal? Entonces ni tentativa hubo de delito de lesiones en el C. P. de 1936, que no consigna el atentado para herir que reprimía el artículo 658 del C. P. de 1890. Se produjo la lesión personal y no se siguió el fallecimiento del lesionado? Entonces el cargo no es sino el de lesiones personales consumadas, que fue lo que pretendió hacer e hizo el agente.

Tampoco la frustración es adaptable al homicidio ultraintencional, pues son conceptos que se excluyen a la luz de la sola razón natural, aserto de donde se desprende que menos es posible que haya frustración de lesiones personales, dicho sea de paso.

Y es que la idea de frustración lleva en sí misma, con el artículo 4o. del C. P. de 1890 y el 17 del C. P. de 1936, el requisito **sine qua non** de que se ejerce **todo** lo necesario para la consumación del hecho que no se realiza por circunstancias independientes de la voluntad del sujeto activo.

Y volviendo a la tentativa no se pierda de vista el principio jurídico, en la teoría y en la legislación, de que ella puede abarcar, y abarca, dos delitos en el homicidio **intentado**: tentativa de homicidio y consumación de lesiones personales, siempre que éstas no sean de tal naturaleza que más bien constituyan un homicidio frustrado, caso en el cual, de frustración de homicidio, no se aplica la dualidad delictuosa mencionada.

HOMICIDIO CULPOSO

El artículo 12 del C. P. de 1936 está concebido así: "Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas. Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

Y el artículo 370 de ese Código manda: "El que por culpa cause la muerte de otro, incurrirá en prisión de uno a seis años, multa de quinientos a cinco mil pesos y privación del ejercicio del arte, profesión u oficio en que se ocasione la muerte, hasta por cinco años". (1).

El artículo 30. del C. P. de 1890 disponía: "Es culpa la violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria, de la ley, por la cual incurre en alguna pena".

Y el artículo 613 del mismo Código decía: "El que por ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza en el manejo de alguna arma, equivocación, contravención a las reglas de policía, o por otra causa semejante, que **pueda y deba evitar** (subrayo), mata involuntariamente a otro, o tenga, aunque involuntariamente, la culpa de su muerte, sufrirá una reclusión de seis meses a dos años".

Nótense las diferencias de escuela entre las disposiciones sobre la culpa en el Código de 1890 y las que consigna el Código de 1936; de escuela, digo, en cuanto a la terminología, pues el uno define la culpa y el otro se limita a expresar cuándo ocurre ella; el uno habla de involuntariedad y ausencia de malicia y afirma la imputabilidad, y el otro ni siquiera alude a tales elementos; el uno encierra el homicidio culposo en el detalle del artículo 613, y el otro le basta con imponer la pena para ese homicidio.

Pero en el fondo, para el apoyo jurídico de la idea de culpa, ambos Códigos se hallan conformes, desde luego que el artículo 613 del C. P. de 1890 contiene la frase "que pueda y

(1). La Ley 164 de 1938, en su artículo 10., modificó el artículo 370 del C. P. de 1936, en el sentido de señalar prisión de seis meses a cuatro años y privación del ejercicio del arte, profesión u oficio por medio de los cuales se ocasione la muerte, hasta por cuatro años.

deba evitar", frase que, en resumen, no es sino el concepto de la falta de previsión de lo que es previsible.

La culpa consiste, pues, en la ejecución o en la obtención de un acto, a consecuencia de lo cual sobreviene una lesión de derecho que no ha sido prevista pudiendo serlo, o que si se previó, el sujeto confió imprudentemente en poder evitarla.

Carrara definió así la culpa: "Es la omisión voluntaria en prever las consecuencias de un acto, posibles o conjeturales".

El maestro alemán von Liszt dice que culpa "es la ignorancia contraria al deber de previsión de las consecuencias posibles y conjeturables de un acto o de una omisión".

Para el criminalista Stoppato la culpa es el empleo de medios antijurídicos que han generado un resultado delictuoso, doctrina que deja por fuera la consecuencia delictiva de las culpas que se derivan de un acto indiferente o lícito, como el de quien examina un revólver, escapándosele un tiro que mata a otra persona.

Según Angiolini la culpa se asienta en el estudio de los antecedentes sociales que rodean el hecho, y de allí sus cuatro categorías de sujetos culpables: a). Los que incurren en infracciones culposas por ausencia de sentido moral o de altruísmo; b). Los que delinquen por inexperiencia, ineptitud, impericia, etc.; c). Los que incurren en culpa por defectos del mecanismo de la atención o de la asociación de ideas; y d). Los que están afectados por el medio externo, a causa del **surmenage** u obligaciones que superan su capacidad de resistencia y trabajo.

Todas esas teorías se reducen, al fin y al cabo, bien examinadas, a la **previsibilidad**.

Y cuál es el criterio de la previsibilidad? Cuándo puede sostenerse que las consecuencias de un hecho son previsibles y cuándo no lo son? Un criterio de diferenciación es que las consecuencias ordinarias de los hechos son siempre previsibles, mientras que las que se separan de la marcha lógica y común de las cosas, o surgen por concurrencia de otras causas, no lo son. Y para decir que las consecuencias no son previsibles, es preciso que en la ejecución de los propios hechos se ponga todo el cuidado que los hombres diligentes suelen observar para eludir la posible violación de un derecho ajeno.

La razón de la previsibilidad de los hechos culposos fúndase en el deber que tenemos no sólo de no atentar contra los

preceptos del derecho, directa o indirectamente, sino, también, en el deber de ejecutar los actos propios con todo género de precauciones, para que de nuestros hechos, aun de los inofensivos en sí, no se originen consecuencias perjudiciales para los demás. Este deber de precaución o previsión es cada día más exigible, merced a las condiciones de la vida moderna que pone en manos del hombre formidables fuerzas naturales cuyo manejo imprudente puede producir grandes males. Así, la represión del cuasidelito o hecho culposo de homicidio, que aumenta en proporción alarmante, entraña un marcado y necesario carácter de defensa social.

Hay autores (Almendingen es el principal) que alegan que la culpa no suministra base jurídica para la sanción penal. Según Almendingen, la culpa denota un vicio de la inteligencia y no de la voluntad. Y dice que el sujeto que comete un homicidio culposo, no lo ha querido, porque si lo hubiera querido incurriría en un homicidio doloso, y no lo ha previsto, porque si lo hubiese previsto se trataría de un homicidio por dolo indeterminado. Y se pronuncia aquel autor por la sanción civil o resarcimiento de perjuicios, rechazando la aplicación de una pena.

Semejante teoría tiene muy pocos partidarios, y la legislación penal para las culpas no la omite ningún Código, por más que los criminalistas difieran en los fundamentos de la represión de la culpa.

Carrara, por ejemplo, afirma que la culpa debe ser reprimida por los mismos principios de la punibilidad de los hechos dolosos. Para Carrara, la culpa no es otra cosa que una modalidad, una forma alotrópica (alotropía, diferencia de forma y propiedades) del dolo. Para que exista culpa es necesaria una **omisión voluntaria** de prever.

La doctrina, aun desde el punto de vista o del método de la escuela clásica, es equivocada, porque si alguien **omite voluntariamente** la previsión de las consecuencias de un hecho del cual resultó la muerte de otro, es responsable de esa muerte, como homicidio doloso o intencional. El mismo principio que senté para el homicidio preterintencional con previsión de la muerte.

Lo que pudiera llamarse voluntario en el homicidio culposo es el acto o la omisión, pero no las consecuencias.

Carmignani, que admite la tesis de Almendingen, de que la culpa es un vicio de la inteligencia, funda la represión del homicidio culposo en la acción ejemplarizante de la pena, que contribuye a despertar la atención y la previsión.

Impallomeni cree lo que sostiene Carmignani. Y es en la defensa social en lo que debe inspirarse la responsabilidad del homicidio culposo, porque si existe una **temeridad** (peligrosidad) fundada en la perversidad, también la hay en la impericia, la ligereza, la falta de previsión, etc.

Dividían los juristas romanos la culpa en lata, leve y levísima. Por culpa lata entiéndese la omisión de una prudencia al alcance de todos; por leve la omisión de una prudencia al alcance de los avisados y listos, y por levísima, la omisión de la previsión que únicamente poseen las personas de extraordinarios celo y atención, división que también consigna, para efectos civiles, el artículo 63 del C. C. colombiano.

El caso fortuito o fuerza mayor no genera violación de la ley, porque es un accidente que no ha podido ser previsto de acuerdo con la capacidad media normal de los hombres.

La culpa se basa en la previsibilidad, es decir, en el carácter conjetural de las consecuencias, y si un hecho no ha podido ser previsto escapa naturalmente a la noción o a la estructura de la culpa, y cae en el caso fortuito del cual nadie es responsable penalmente.

Irureta Goyena escribe que el único código que establece la irresponsabilidad por caso fortuito es el ruso, pero a más de éste tenemos el C. P. colombiano de 1890 que la señalaba en el número 4o. del artículo 29 y en el artículo 614, y el 659 por relación.

Una gran mayoría de autores sostiene que está fuera de toda responsabilidad no sólo el caso fortuito sino, también, la culpa mínima o levísima, y, al efecto, Carrara razona así: "No hay casos absolutamente puros de fuerza mayor o fortuita; el caso fortuito se presenta siempre más o menos mezclado de culpa. No hay un hecho que se pueda citar como que no hubiera podido ser previsto, por mucho que se aguce el ingenio. . . . Si no existe lo fortuito puro, si no se puede por un corte limpio fijar la diferencia entre la culpa levísima y la fuerza mayor, lo natural, lo humano, lo racional, es que la culpa mínima se asimile al caso fortuito".

A esas decisivas razones debe agregarse un argumento eficaz de orden jurídico, que trae Impallomeni, quien dice que la ley, para reprimir un homicidio culposo, exige que se cometa una imprudencia, una negligencia, una impericia. Y quiénes son imprudentes? Los que no son prudentes y no los que dejan de ser prudentísimos. Quiénes son negligentes? Los que no son diligentes y no los que dejan de ser diligentísimos. Quiénes son imperitos? Los que no son peritos y no los que dejan de ser peritísimos.

Reprimiéndose, pues, la negligencia, la imprudencia, la impericia, y no la falta de la prudencia y la impericia y la negligencia **sumas**, una muerte que se base en un acto o en una omisión que importen culpa levísima, debe estar colocada fuera de la represión penal.

La culpa puede ser **mediata** o **inmediata**. La mayor parte de los hechos imprudentes, de negligencia o de impericia, determinan el accidente de un modo inmediato, sin la interposición de nuevas causas entre el acto inicial y el efecto, o sea la muerte; pero en algunos casos, entre la imprudencia, la impericia o la negligencia original, y la muerte, se interpone un nuevo acto o una imprudencia nueva.

Son ejemplos sencillos de homicidio culposos los siguientes:

1o. Examinando un revólver sin las debidas precauciones, en presencia de otras personas, se va un tiro y ocasiona la muerte de una. Homicidio culposo por culpa inmediata;

2o. Corro en un automóvil a velocidad excesiva en una calle y atropello a un transeúnte, que muere. Homicidio culposo por culpa inmediata;

3o. Dejo un revólver cargado en un lugar accesible, y un niño lo coge, lo maneja sin saber y lo descarga matando a otro niño. Homicidio culposo por culpa mediata; y

4o. Una dueña de casa olvida un paquete de arsénico en la cocina y la criada, creyendo que es sal común, lo echa a la comida y origina el envenenamiento de una o de varias personas. Homicidio culposo por culpa mediata.

Y cómo se reprime el homicidio culposo por culpa mediata, o, mejor, a quién se le carga en su cuenta ese homicidio?

Quiéren unos que el que cometa la primera imprudencia sea el responsable de los efectos, mediante la máxima "causa causae, est causa causantis". (La causa de la causa es causa de lo causado).

No es jurídica tal doctrina que conduciría al absurdo de reprimir el caso fortuito, la fuerza mayor, la muerte que no ha podido ser prevista dentro de las normas de la capacidad de previsión ordinaria del hombre.

Otra doctrina para la represión del homicidio culposo por culpa mediata, es la de determinar previamente si el hecho inicial es causa de la muerte, o condición u ocasión de la misma, y dicen los patrocinadores de esa teoría que la responsabilidad se echa encima del autor del primer acto culposo, si es causa, y no si es condición u ocasión.

Y cuando entre el acto inicial y el fenómeno muerte se interpone un caso fortuito, no hay responsabilidad para el autor del acto inicial, lo que es claro.

Dichos sistemas de represión de la culpa mediata no son aconsejables, porque la verdadera doctrina descansa en los caracteres fundamentales de la culpa: la falta de previsión de lo que es susceptible de ser previsto, o la previsión con la confianza imprudente de poder evitar los efectos nocivos del acto. Y por eso, cada vez que sucede un caso de conexión de causas o sea de culpa mediata, lo que hay que averiguar es quién estuvo en la obligación de prever.

Igual cosa pasa en lo que se llama culpa compensada, que existe cuando al acto imprudente inicial se agrega otro de la víctima, también imprudente.

Para que se vea más a espacio lo referente a culpa mediata y culpa compensada, inserto aquí un fallo en que fui magistrado ponente, fallo que se contrae al delito de heridas o lesiones culposas, pero cuyos principios se extienden al cuasi-delito de homicidio con entera propiedad.

SENTENCIA

proferida en la causa por lesiones personales contra
Roberto Alzate Ruiz.

Magistrado ponente, doctor CAMPO ELIAS AGUIRRE.

En que se hace un estudio de las tres especies de culpa, inmediata, mediata y compensada, para concluir que el reo no es responsable y que en la mujer ofendida, víctima de su propia imprudencia, recayó toda la culpa del daño que sufrió. Se trata de demostrar, además, que ese estudio no es conocimiento abstracto o especulativo que sólo se encuentre en los libros de los expositores de derecho, sino que es una cuestión real, práctica, aplicada en las legislaciones penales, con especialidad en los Códigos colombianos sobre la materia, de 1890 y de 1936.

* TRIBUNAL SUPERIOR. — SALA DE DECISION

Medellín, cuatro de octubre de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Juez 1.º del Circuito penal de Medellín enjuició a Roberto Alzate Ruiz "por el delito de heridas, o sea, por la que le infirió a María Dolores Tejada, lo que ocurrió en esta ciudad el catorce de diciembre del año próximo pasado". (1936, explica la Sala).

Incurrió el Tribunal en el error de confirmar el auto de proceder, ya que ninguna responsabilidad puede atribuírsele a Alzate en el accidente de tránsito a que el proceso se refiere.

Y si la responsabilidad existiere, el modo como se formuló el cargo presenta un notorio defecto de expresión jurídica, puesto que el reo no le infirió heridas a la Tejada, y a lo sumo tendría la culpa de que esa mujer hubiese resultado herida o maltratada, conforme al segundo término del artículo 662 del C. P. de 1890.

Una fractura lineal de la extremidad inferior del húmero derecho sufrió la Tejada, quien estuvo durante veinte días en

incapacidad para trabajar, quedándole "lesión levísima de tiempo indefinido consistente en la dificultad para los movimientos del codo derecho por dolor a nivel de él". (12, 20).

El señor Juez condenó a Roberto Alzate Ruiz a ocho días de arresto, a la pena de apercibimiento judicial y al pago de las costas) artículos 86, 89 y el citado 662 del antiguo C. P.).

Por consulta le toca hoy al Tribunal la revisión del negocio, en el curso del cual no se produjeron nulidades.

Es de advertir que el señor Fiscal 2o. pide la confirmación del fallo.

Cuenta la Tejada lo siguiente, a fs. 2: "Hoy a las seis y media de la mañana venía yo de mi casa en un camión de pasajeros cuyo chofer ni número conocí, carro que traía unos pasajeros a quienes conozco de vista y que haré lo posible porque concurren a declarar. Este camión desde la terminal del tranvía de Manrique venía a llave abierta, a toda velocidad, sin tocar pito ni avisarle a nadie. Adelante de nosotros venía despacio otro camión de pasajeros manejado por otro chofer al que tampoco conozco, y al llegar a una parte demasiado estrecha, donde es casi imposible que quepan dos carros, el chofer que nos traía afaná más la velocidad para pasársele adelante al primer carro, para quitarle un pasajero que había esperando adelante del primer camión. El chofer del carro que marchaba adelante viendo el peligro que estaba corriendo bregaba mucho a darle paso al de atrás recostándose bien a su derecha, pero como no tenía para dónde, tuvo que resignarse a que el chofer de atrás lo echara a un precipicio que hay en el preciso punto. Milagrosamente al pasar este chofer pudo hacerlo, pero estrechando tanto al chofer de adelante que **estando yo en perspectiva de tirarme al suelo, no tuve tiempo, y como estaba sacando la mano derecha para arrojarme al suelo, los carros me prensaron el brazo fracturándomelo.** Con nosotros venía el señor Juan B. Muñoz, quien sí tuvo tiempo de tirarse al suelo y se hirió una rodilla. El chofer de adelante no tuvo ninguna culpa en lo ocurrido por **la manera como entedí el accidente, y como lo dejo narrado**

todo se debió a la velocidad e imprudencia del chofer que nos trata a nosotros ...". (Las subrayas son del Tribunal).

Sin hacer mención de las demás constancias del proceso, mención innecesaria, el caso, que no es común ni mucho menos, exige el estudio de los principios que en derecho penal se llaman **culpa inmediata, culpa mediata y compensación de culpa.**

Sea lo primero dar la noción del fenómeno penal **culposo.**

La culpa o cuasi-delito significa la ejecución o la abstención de un acto, a consecuencia de lo cual sobrevino una lesión de derecho que no ha sido prevista ni querida, pero que ha podido ser prevista. (Irueta Goyena).

Carrara dice: "Culpa es la omisión voluntaria en prever las consecuencias de un acto, posibles y conjeturales".

Von Liszt, con acierto, escribe que culpa es la ignorancia contraria al deber de previsión de las consecuencias posibles y probables de un acto o de una omisión.

En torno a esas síntesis se agrupan los maestros más conocidos y de mayor prestigio, con excepción de Stoppato y Angiolini, síntesis que convergen todas a proclamar el criterio que los italianos llaman de la **prevedibilitá**, para apreciar lo culposo punible.

Pudiera sostenerse que la definición del artículo 3o. del C. P. de 1890 no contempla o no comprende esa guía de la prevedibilidad, porque reza así: "Es culpa la violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria, de la ley, por la cual se incurre en alguna pena". Mas si se examina el contenido de los artículos 288, 294, 302, 322, 352, 363, 400, 435, 437, 464, 471, inciso segundo, 474, inciso segundo, 613, 662 y 863 de aquel Código, es fácil entender que la falta de previsión de lo previsible constituye la médula con que esos artículos desarrollan o aplican el concepto del copiado artículo 3o.

Muy claro es en el particular el inciso segundo del artículo 12 del C. P. de 1936: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

Encuadrada de tal suerte, a grandes trazos, la idea jurídica de culpa, cuándo será inmediata, mediata y compensada?

Dichas especies corresponden únicamente al homicidio y a las lesiones personales que se cometen por acción y no por omisión, y no tienen cabida en ninguno de los demás hechos culposos que traen los códigos.

Es inmediata la culpa si entre el acto inicial y el evento muerte o lesiones no se interpone otro acto o hecho o causa: X imprudentemente o por impericia o negligencia, atropella con su automóvil a una persona y la mata o la hiere.

Es mediata la culpa en las circunstancias de complicación de factores, como ocurre cuando entre el acto inicial y el efecto dañoso (muerte o lesiones) interviene un nuevo acto u otra imprudencia o fenómeno causal de un segundo sujeto diverso de la víctima. Tres ejemplos clásicos: 1o. X deja un revólver cargado con sus proyectiles en un punto a donde alcanza un niño, el cual coge el arma y sin saber manejarla la dispara y mata o lesiona a uno que se encuentra con él. Al descuido de X siguió la acción intermedia del niño; 2o. M. señora o dueña de casa, olvida en la cocina un paquete de arsénico, y la criada, que cree que es sal, le echa el arsénico a los alimentos que prepara y por ello se envenenan una o más personas. Se intercaló entre la falta de previsión de la dueña o señora y el evento de la intoxicación, el acto de la cocinera; y 3o. Supóngase que un chofer comete la imprudencia de lanzar su automotor a toda velocidad por una carretera, llevando pasajeros, uno de los cuales, impedido por el miedo y ante el fundado temor de un grave peligro, arroja al camino, por la ventanilla o portezuela del coche, a un niño suyo, con la intención de salvarlo de un choque o un vuelco que le parece inminente, y al caer el niño se hiere o se mata. Dos imprudencias precedieron al efecto, la del chofer y la del padre del niño.

Y hay compensación de culpa, cuestión que es una modalidad de la culpa mediata, **diferenciándose de ésta en que el mal recae sobre el autor del nuevo acto**, cuando al acto inicial culposo se agrega otro también imprudente de la propia víctima. Consignan los penalistas este ejemplo de culpa compensada: "Un individuo comete la imprudencia de soltar un toro bravo en un lugar por donde transita gente. Acierta a pasar un sujeto por ese lugar; el animal está pastando tranquilamente, pero al viandante se le ocurre torearlo y consigue que aquél lo mate". Dos imprevisiones que originaron la muerte. El Tribunal haría

mérito aquí del propuesto ejemplo de culpa mediata, variándolo: uno de los pasajeros que lleva el chofer en su automóvil, frente al peligro del vuelco o del choque fatal que teme, se arroja él mismo a la carretera y se lesiona o pierde la vida. Culpa compensada.

Qué normas rigen la represión o penalidad de la culpa inmediata, de la mediata y de la compensación de la culpa?

No se atraviesan dificultades de ningún género para la culpa inmediata: es responsable el autor del acto imprudente, imperito o negligente, que al atropellar a una persona la mató o la hirió con el automóvil, como responsable sería o es el que sin precauciones maneja un revólver o escopeta que se descarga e inflige a otro la muerte o alguna lesión, pudiendo haber evitado el evento.

Más para la culpa mediata, sin llegar a la rígida máxima de que "causa causae est causa causantis", que conduciría a reprimir hasta el hecho fortuito, la responsabilidad se determina por dos sistemas: uno es el indagar si el hecho inicial es **causa del daño**, o meramente **condición** u **ocasión** del mismo, y otro es la regla de la **prevedibilidad**.

Con la primera teoría, la responsabilidad recae íntegra en el autor del acto culposo, si es causa como lo es en los ejemplos 1o. y 2o. escritos en el párrafo de la culpa mediata, el del revólver y el del arsénico, y si dicho acto inicial imprudente, imperito o negligente, es condición u ocasión del evento, como lo es en el ejemplo 3o., el del automóvil, la responsabilidad no afecta al chofer.

Con la teoría segunda son idénticas las conclusiones, pues uno y otro sistema en la práctica se confunden.

Y por qué la responsabilidad es de X que dejó el revólver con proyectiles al alcance de un niño y de M, dueña de casa, que olvidó el arsénico en la cocina? Porque X y M no previeron lo que pudo muy bien ser previsto: que el niño cogiera el arma y al dispararla matara o lesionara a alguien, y que la criada confundiese, sin culpa alguna, el paquete de arsénico con el paquete de la sal común, produciéndose el envenenamiento.

Y por qué se libra de responsabilidad al chofer en el ejemplo 3o. de culpa mediata? Porque él no tenía por qué prever que en circunstancias en que el peligro era muy eventual y remoto e improbable, a alguno de los pasajeros podríasele ocurrir

que la prematura salvación del niño era arrojarlo del vehículo al suelo.

En la culpa compensada, derivación de la mediata, el problema no varía, con el supremo criterio de lo previsivo, que es el método orientador en los cuasi-delitos.

Sería la responsabilidad del sujeto que soltó el toro bravo en un lugar transitado por la gente, porque ese sujeto debió prever todas las consecuencias tan posibles y conjeturables de su imprudencia, hasta el evento de que la res matara o hiriera a un segundo imprudente que la torease.

Y no habría responsabilidad penal en el conductor del automóvil que corre velozmente, por lo cual uno de los pasajeros, temeroso del peligro, se tira o trata de tirarse al camino, lesionándose o matándose, porque siendo ese peligro una contingencia meramente, al chofer no lo obligaba el deber de la previsión de que el pasajero se arrojara del carro para salvarse.

Y es de anotar que Carrara y Stoppato apoyan la no responsabilidad del autor de la imprudencia inicial en la culpa compensada, el primero en que falta el daño mediato o alarma social que no surge por la imprudencia de la víctima, y el segundo, con su doctrina de la causalidad y del empleo de medios antijurídicos, en la neutralización de la causa inicial por la interpuesta culpa del que padeció el daño.

Pues bien, de una culpa compensada habla este proceso. Roberto Alzate Ruiz incurrió en la suma imprudencia que mencionan María Dolores Tejada y Juan B. Muñoz (2,28): correr en su camión a velocidad exagerada para adelantársele al otro camión y pasar estrechando a éste en una parte angosta de la vía. Es una culpa que violó no más que los reglamentos de tránsito. Pero a esa culpa se agregó la de la Tejada, quien, para arrojarse al suelo, sacó el brazo derecho que se le fracturó **prensado** entre los dos aparatos.

Por qué va a ser responsable del accidente Alzate Ruiz? No era imprevisible para el reo que uno o más de los pasajeros que

llevar a se lanzaran o quisieran lanzarse del carro a la vía, buscando la salvación de un siniestro o peligro, tan poco probable que suceder que no sucedió, ya que el camión de aquél pasó, sin que les ocurriera nada a las demás personas que conducían ni a los transportados en el otro camión? La culpa de Alzate Ruiz se compensó con la culpa de la Tejada, mujer que ningún daño habría sufrido si no saca el brazo imprudentemente para tirarse a la calle.

Y como el acto realizado por la víctima fue de tal naturaleza que sin él no se hubieran cumplido las consecuencias, no existe responsabilidad penal en el reo, principio que es en el que se resume el estado de la doctrina hoy, respecto de la compensación de culpa.

El señor defensor de Alzate Ruiz abogó por la absolución o las sanciones más benignas (42, 46), con argumentos que no sirven.

Las observaciones o reparos críticos, las citas y las dudas que en el curso del debate de la presente sentencia, cuando era proyecto, hizo valer uno de los miembros de esta Sala de Decisión, el que salvará su voto, obligan a la mayoría a expresar lo que sigue:

a). Dentro de la norma que para la culpa estatuyó el inciso segundo del artículo 12 del C. P. de 1936, cabe la represión o penalidad de la culpa mediata y se puede y se debe hallar allí la cuestión de la culpa compensada, porque la ejecución de un acto cuyos efectos nocivos no se previeron por el agente habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto hubo imprudente confianza en poder evitarlos, conduce sin esfuerzo alguno, de un modo lógico y a la luz de la ciencia del derecho penal, a admitir los fenómenos y problemas de la culpa mediata y de la compensación de culpa;

b). Y ello es claro. Si los artículos 613 y 662 del C. P. de 1890 incluyen el principio de la culpa mediata con las frases "o tenga, aunque involuntariamente, la culpa de su muerte", y "o tenga del mismo modo la culpa aunque involuntariamente de que otro sea herido o maltratado", cómo suponer que a la sabiduría de los penalistas insignes que prepararon y redactaron el

C. P. de 1936, se le iba a escapar el pensamiento elemental de la tan elementalísima noción de aquella culpa?;

c). No es exacto que la jurisprudencia colombiana **no haya admitido** hasta ahora los principios de la culpa mediata y de la compensación de culpa. Lo que pasa, quizás, es que no ha habido ocasión, o no la hubo, de dilucidar el tema. O que no se conoce por la Sala una doctrina de la Corte y de los Tribunales en ese sentido.:

ch. La clasificación de Angiolini en sus cuatro categorías de delinquentes culposos, no presente sino el plan para sustentar su original criterio, que no ha prosperado entre los maestros, acerca de los fundamentos de la culpa. "Según Angiolini, escribe el profesor Irureta Goyena, la culpa debe basarse en el estudio de los antecedentes psico-sociales que rodean el hecho". Y continúa el profesor así: "Bien: si nosotros examinamos los hechos que Angiolini cataloga en cada una de estas clasificaciones, podemos constatar que la inmensa mayoría de ellas son casos en que el sujeto ha podido prever las consecuencias del acto y no les ha previsto, de modo que en el fondo, el mismo Angiolini, al hacer esa clasificación de delinquentes o de casos de culpabilidad, sin quererlo tal vez ha consultado la vieja y tradicional doctrina de la **prevedibilitá**. Lo que existe de original y de notable en su doctrina, no es un concepto nuevo de la culpa, sino medios nuevos de reaccionar contra los efectos de ella. La clasificación que él hace de los delinquentes demuestra, en general, un criterio bastante exacto para reaccionar contra los delinquentes de ese género. En ese sentido su doctrina es aceptable o, por lo menos, digna de elogio, pero sólo en ese sentido y no en cuanto pretende establecer un nuevo concepto de la culpa".

d). Angiolini sí comprende en su clasificación a los responsables de culpa mediata y compensada. En su obra DE LOS DELITOS CULPOSOS, el expositor italiano dice: "Así, si dejo una escopeta cargada en un cuarto en el que entra un niño que jugando hace que se dispare y mate a una persona que por casualidad pasaba en aquel momento por el cuarto, mía es la responsabilidad. Verdaderamente, la muerte del individuo es el resultado último de muchas concausas que concurren necesariamente, tanto, que si hubiese faltado una sola, no habría tenido que deplorarse el triste acontecimiento. Pero el hecho del niño no es tal que pueda reprobarse, que perjudique o amenace perjudicar

la esfera jurídica ajena; mi acción en cambio ha sido descuidada, negligente, ha sido tal, que un hombre avisado no la habría ejecutado. La previsión de un posible daño había de hacer que me abstudiese de dejar la escopeta en el cuarto, y poco importa que haya previsto o no el daño: he faltado a ciertos deberes correlativos al derecho que tengo de llevar la escopeta, y precisamente por esto soy responsable del daño". (Culpa mediata).

e). El mismo autor aconseja este procedimiento para averiguar la responsabilidad de lo culposo: "Cuando se realiza un hecho luctuoso sin que haya intervenido para producirlo ninguna intención determinada, de las causas que pueden investigarse y son sensibles, se examinan las que más o menos directamente pueden referirse a la acción del hombre. Cuando aparece que el individuo que ha producido aquella causa ha faltado a ciertas obligaciones, a ciertas precauciones que su condición le imponía; cuando podemos persuadirnos de que el hombre normal, consciente y respetuoso de los derechos de todos los co-asociados habría evitado aquella acción, que es un anillo en la cadena que conduce al hecho luctuoso, la causa está, jurídicamente, encontrada: el individuo es responsable, total o parcialmente, según los casos, de su acción. Pero cuando el hecho del hombre está exento de toda imprudencia, negligencia, impericia; cuando por sí mismo no representa y atestigüe una cierta temibilidad, entonces la causa responsable individual no existe jurídicamente y el hecho desgraciado no puede referirse en modo alguno a la obra de una persona". Y para lo último, trae Angiolini este ejemplo: "Pero si, por el contrario, presto mi escopeta cargada a una persona que sé que es experta en la caza, advirtiéndola que el arma está cargada y que tenga por consiguiente el cuidado necesario, y esta persona manejando el arma la dispara y se mata, seguramente que entre las varias causas que han producido la muerte puede entrar y entra el hecho mío de haber prestado yo mi escopeta, mas no por esto podré ser llamado, a los efectos de la responsabilidad, coautor de aquel trágico fin";

f). No es la doctrina de las culpas mediata y compensada la que "goza de poco favor". Lo que goza de poco favor es, conforme al expositor Irureta Goyena, la máxima "causa causae est causa causantis", como rectores de la penalidad de aquellas culpas;

g). Irureta Goyena es acérrimo defensor de la represión de las culpas mediata y compensada, no mediante la draconiana regla de la "causa causae", sino por la observancia "del supremo criterio de la **prevedibilidad**", resumiendo en dos proposiciones el estado actual de la doctrina, y agregando que esa **posición de los juristas le parece inexpugnable**;

h). Enrique Pessina asevera que uno de los requisitos "necesarios para la existencia de la culpa legal" es que el hombre "sea causa física, directa o indirecta, del hecho realizado". (Derecho Penal, pág. 377);

i). Georges Vidal, profesor de la universidad de Tolosa, en Francia, es contundente en lo relacionado con el sistema para reprimir "la cause médiate et la compensation des fautes". (Droit Criminel, páginas 191 a 194), en atención, sin duda, a la letra y espíritu de los artículos 319 y 320 del C. P. francés, casi idénticos a los artículos 613 y 662 del C. P. colombiano de 1890.

j). Que haya autores de derecho penal que quieren ver sancionada no más que la culpa directa o inmediata, nada tiene de raro ni en nada falsea la tesis de la mayoría. Quien ignora que un grupo de publicistas, guiados por Almendingen, proclama que la culpa no suministra base jurídica para reprimirla penalmente, y que su sanción debía ser civil en orden a reparar el daño por la vía del pago o indemnización de perjuicios?; y

k). Ninguna peligrosa incursión en campos oscuros ejecuta el Tribunal con su doctrina de hoy, que es una realidad tangible e indispensable en el segundo inciso del artículo 12 del C. P. de 1936, como lo era en el C. P. de 1890, y las ideas del señor magistrado disidente, doctor Ceballos Uribe, podrían ser materia de discusión de **jure condendo**. De **jure condito**, nó.

Y eso sí es lo apodíctico.

De consiguiente, en desacuerdo con la solicitud del señor Fiscal 2o. y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el Tribunal REVOCA la sentencia condenatoria consultada, y absuelve a Roberto Alzate Ruiz del cargo por el cual se le procesó.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

CAMPO ELIAS AGUIRRE, CICERON ANGEL.—Salvo mi voto, BERNARDO CEBALLOS URIBE.—Luis Arango F., Secretario. *

(El salvamento de voto del doctor Ceballos U. gira al rededor de esta síntesis: "Los principios relativos a **culpa mediata y culpa compensada**, motivo sí de controversia y polémica entre los tratadistas, apenas si han sido consagrados en las legislaciones positivas, siendo de observar que nuestro Código Penal, estatuto científico y moderno, no alude a ninguna de esas dos cuestiones. Es que resulta peligroso hacer tránsito a la ley penal que ya se acerca a la teoría civil del riesgo creado, doctrina ésta que, aunque ya con carta de ciudadanía en nuestra jurisprudencia, no está precisamente consagrada en ninguno de los artículos del Código Civil".)

La culpa es jurídicamente inconciliable con la tentativa y la frustración. No puede úno ser autor de tentativa de homicidio culposo ni autor de homicidio frustrado también culposo, pues la tentativa y la frustración suponen siempre la intención específica de matar, y en la culpa no hay ni puede haber esa intención. Para que exista tentativa es preciso que se haya empezado a ejecutar un delito que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad, y un delito de carácter culposo no se ha empezado nunca a ejecutar jurídicamente hablando.

Tampoco caben en un delito culposo la complicidad necesaria o principal ni la secundaria. El concierto de dos o más personas para delinquir, lleva en sí la intención de violar la ley, concierto que no se concibe en la simple culpa.

Pero el dolo sí puede concurrir con la culpa, tratándose de dos personas. Carrara cita el caso de un hombre que apunta contra otro con un revólver, creyéndolo descargado, para asustar al otro. Mas una tercera persona que sabe que el arma tiene proyectiles y que quiere valerse del error del primero, le dice que dispare. Y dispara y mata: el que disparó es responsable de homicidio culposo, y de homicidio doloso la tercera persona.

CAMPO ELIAS AGUIRRE

DR. AQUILEO CALLE
Profesor de Derecho Interna-
cional de la Facultad.

* LA NAZIFICACION DEL DE- RECHO INTERNACIONAL PU- BLICO

(A mis discípulos, afectuosamente).

Desde el mes de septiembre del año próximo pasado, fecha en la cual se reunió la célebre conferencia llamada de Munich, celebrada "a puerta cerrada", la ciencia jurídica que fundara Grocio en 1625, el derecho de las naciones, la rama que rige los derechos y deberes de los miembros de la comunidad internacional, sufrió el golpe más grave, el desquiciamiento más hondo en la época contemporánea. El César Imperator del nazismo alemán, el místico de la conquista y restaurador del mito ario, que desde su llegada al poder viene rompiendo las vértebras al pacto de Versalles de 1919, obtuvo la victoria diplomática más ruidosa que estadista alguno pueda alcanzar en la política internacional. "A puerta cerrada", en familia, sin que la opinión pública espectara, en acuerdo con los representantes de los gobiernos británico, francés y el italiano, los dos primeros democráticos y el tercero totalitario, la república de Checoslovaquia, de estructura federativa, creada por el tratado de Versalles, y plasmada por el genio patrio de Masaryk, prócer de la extinguida nacionalidad, fué mutilada, fué desmembrada, quitándosele la región de su tem. Región la más importante estratégicamente considerada del territorio checoslovaco,

entregada al carro imperial de Hitler, al mapa romano del tercer Reich, que aspira a incorporar a su cetro a todos los pueblos: a los vasallos, como protegidos, como dominadores, y a los otros, como obligados por el destino de la ley biológica, por "la razón de Zarathustra", del super-hombre, del Fuherer, a seguir tras el carro cesáreo del tercer Reich.

Pero lo que arrió el derecho de las naciones, rompió medularmente los principios básicos de este derecho, que ya se va torciendo en un cielo platónico, en un "pájaro azul" de la concepción meterliana, fué la desmembración de la gran república sin que ella fuera oída, sin que sus autorizados representantes, de acuerdo con los principios elementales del mismo derecho y del derecho interno de la mártir nacionalidad, asistieran a la conferencia de Munich, fueran siquiera oídos, se les permitiera lanzar los ayes, los anhelos, las quejas de un pueblo libre, que milenariamente había soñado con la independencia. Sin esta formalidad elemental, con frialdad felina, con la frialdad con que el rey de la Zarpa sacrificó a su víctima en la soledad del desierto, Checo-Eslovaquia fué sacrificada, fué mutilada, con el voto y el consentimiento de los representantes de Inglaterra y de Francia, las dos grandes naciones de la democracia en el continente de la civilización.

Sin un acuerdo internacional, sin una conversación directa, sin dejar que la simple defensa se oyera, un estado soberano se mutiló, se le arrebató una parte de su territorio; y se le arrebató con apariencia jurídica, con vestidura de convenio, de acuerdo mutuo, de figura o forma autorizada por los preceptos que el Derecho Internacional Público preconiza para la segregación de un territorio de un estado soberano y la anexión a otro. Porque el mismo derecho de la fuerza, el derecho de la guerra, exige que la anexión, la conquista, se legalice, por medio de la celebración de un tratado, de un pacto convenido por el vencedor con el vencido.

¡Así, friamente, en confianza, "en familia de naciones", los cuatro ases de las cuatro grandes potencias europeas cambiaron el mapa político de un estado que estaba sin representación en la conferencia de Munich, de la cual estaba ausente el idealismo de Wilson, el "profesor vagabundo" que el principal felino de la entrevista dijera, poco antes, en su rugido de Nuremberg. De esta guisa los cuatro colosos de la "mesa redonda de las naciones", los cuatro anfitriones de esa mesa, la redondearon, le dieron una nue-

va simetría al derecho de los pueblos débiles, segregando un estado perfectamente, plenamente soberano, cuyo único delito consistía en tener dentro de su imperium a una minoría alemana, a una minoría de sangre aria.

Cumplido este primer acto del drama europeo de la postguerra, que ya había sido precedido por los rugidos del gran conquistador blanco del nacional socialismo alemán; cumplido este episodio de la conferencia de Munich, era fatal, era inevitablemente fatal, de acuerdo con los términos de la lógica de los hechos, que la conquista blanca, también, de Checo-Eslovaquia se realizara en los días de este mes de marzo de 1939; era lógico que la república de los checos y de los eslovenos desapareciera del mundo internacional, como acaba de desaparecer, ante el empuje y la carrera dionisiaca del César de "la cruz gamada", que en siete años escasos ha conseguido, sin el derramamiento de una sola gota de sangre, sin el disparo de un sólo cañón hacia el enemigo, lo que dominador alguno, de los tiempos presentes y aún de los antiguos, haya podido conseguir.

Es indudable que los ordenamientos jurídicos que enrumban la marcha regular de los miembros de la comunidad de las naciones han sido rotos, befados por estos jalones imperialistas del creador del Nazismo y del paladín de los fascios de la que enantes fuera la Roma imperial, señora del universo mundo. Pero es necesario reconocer que Zarathustra, el héroe, el señor de la filosofía de la fuerza, del derecho del más fuerte, que guía y alumbra el subconsciente del pueblo germano, está de fiesta, está jubilosamente celebrando el banquete dionisiaco que Hitler y Mussolini, con la aquiescencia primero, y con la pasividad después, de las dos naciones "de los derechos del hombre y del ciudadano" y del *habeas corpus*, han servido en esta hora zozobranante del mundo.

Y es también deber de probidad mental reconocer el genio, la originalidad, con que el Reichfuherer disimula la conquista, le pone ropaje jurídico a la anexión. Con la maestría de los grandes felinos prepara el golpe y luégo cubre los despojos de la víctima con las hojas secas de las teorías, de los sistemas de derecho ideados por la ciencia para regir las distintas formas y estructuras de los estados. El decreto que organiza el protectorado en los territorios de la extinguida nación de Massaryk es una creación en el derecho internacional. Es una nueva figura en esta disciplina de las ciencias del derecho. Porque en ninguna de las formas de los es-

tados semisoberanos que se conocen: protectorado, vasallaje, colonia, puede ubicarse el decreto de Hitler para regir los destinos internacionales de Checo-Eslovaquia. En la urdimbre genial de las cláusulas de ese decreto se vé la desgarradura total de la independencia de un pueblo libre: se le ofrece la autonomía, y todo queda sujeto a la omnimoda voluntad del César de Berlín; se habla de un estado protegido, y los destinos, la política externa, quedan en las manos exclusivas del Führer. Se establecen dos nacionalidades, dos ciudadanía, caso único en el derecho de todos los tiempos, en un mismo estado, en un mismo protectorado, dominio, territorio: la concedida a los habitantes con sangre germana, la ciudadanía de los privilegios; y la otorgada a los otros habitantes, que no llevan en sus venas la sangre del Zarathustra ario. Dos regímenes de derecho público y privado en un solo estado, en un mismo territorio.

Así está enmarcada la nueva, la imperialista, concepción nazi del derecho de las naciones.

Sin embargo hay que reconocer la lógica, la cruel congruencia de este sistema, del contenido en el decreto regulador, con la lógica de los hechos. Es la lógica fría,—la cuchilla Guillotin que siega las cabezas de los pueblos, como la otra siega la de los seres humanos—de la ideología nazi y del ideario fascista.

Y qué queda en favor de las naciones débiles? De los pueblos que no pueden sentarse en el festín de los conquistadores, en "la mesa redonda" de las naciones, sarcasmo cruel e irritante, que los hombres de la Zarpa han ideado? No todo está perdido. Hay todavía horizontes en el mundo del derecho; hay todavía anclas.

El primer horizonte, la primera áncora, es la solidaridad completa, fuerte, cerrada de las naciones que están amenazadas por "el totalitarismo" internacional. La "unión sagrada" de los pueblos débiles, de los pueblos que todavía creen en la democracia, en el sistema de derecho, interno e internacional, que gobierna y rige a "puerta abierta", con la consulta y el consenso del hombre ciudadano y del hombre colectivo, la marcha de las naciones.

Y el segundo horizonte, la segunda áncora, la ofrece, la está dando, Franklin Delano Roosevelt, el presidente de los Estados Unidos Saxonos, que en este hemisferio occidental le ha roncado a los Césares totalitarios de Europa.

De este egregio estadista, sonreído a toda hora, de la Casa Blanca, que tiene ya los contornos de nuevo Libertador, de un segundo Lincoln, de un segundo Bolívar, deben esperar los pueblos pequeños, y también los grandes, la salvación de la democracia, la salvación del derecho. Esto en el mundo de la política internacional; porque en el espiritual, en el del espíritu religioso, está sentado en la Barca de Pedro, que mora en el islote blanco de la "Ciudad Vaticano", un Pastor que sigue las enseñanzas de Cristo, que es legítimo e inteligente continuador de León XIII y de Pío XI. Pío XII pondrá las luces de su triple tiara, recién ceñida, al servicio del derecho, de la paz y de la convivencia jurídica de todos los pueblos y de todas las razas.

¡Salve egregios paladines de la libertad y del espíritu!

Medellín, marzo 22 de 1939.

AQUILEO CALLE H.

EL INTERVENCIONISMO DE ESTADO EN COLOMBIA

FUNCION DEL ESTADO

"La identificación histórica de los poderes del Estado, con la existencia de una clase o casta predominante en la sociedad (despotismo, militarismo, nobleza territorial, capitalismo), ha contribuido profundamente a desviar el sentido jurídico de la soberanía. En vez de la soberanía de un poder determinado, que habla en nombre del Estado, apropiándose de las prerrogativas de éste, hay que afirmar la supremacía abstracta de la ley, el imperativo general del derecho".

Gettell.

Interesados como estamos en concretar este estudio al examen de las disposiciones que a nuestro juicio entrañan una verdadera transformación del sistema jurídico colombiano, vamos a entrar ahora a apreciar la significación del Estado, conforme al anterior régimen constitucional, para puntualizar el nuevo valor jurídico del Estado, de acuerdo con la reforma, así como su función social y el preciso alcance de los llamados derechos y garantías individuales.

Dividido este estudio del Estado en dos etapas, para distinguir el régimen constitucional vigente antes de la reforma de 1936, del actualmente vigente, significamos con el contenido del subtítulo **antiguo régimen**, el primero de los enunciados.

Qué significación tuvo entre nosotros el Estado antes de la reforma constitucional de 1936?

Para apreciarla tenemos que recordar el origen de nuestras instituciones políticas y jurídicas. El fundamento del poder político lo hallamos en los principios filosóficos de la Declaración de los Derechos del Hombre, en la que se proclamó la libertad del hombre y se definieron los derechos individuales como sagrados e inviolables. De suerte que, fundada así nuestra organización política, el Estado fue la persona abstracta que personificaba jurídicamente la sociedad y que como poder, tenía la función de realizar el derecho.

Pero como el derecho era apreciado como atributo personal, el Estado reducía su función jurídica a garantizar el ejercicio de los derechos individuales, sin que pudiera intervenir en el orden de las relaciones particulares, mientras no se tratara de evitar la vulneración de esos mismos derechos.

Su capacidad de órgano de derecho no le permitía cambiar su posición de simple vigilante por la de órgano activo para atender a la solución de los problemas que la vida social necesariamente crea.

Sobre este particular estamos en desacuerdo con el doctor Tascón, cuando afirma que "el fin jurídico del Estado no significa que no pueda intervenir para que los fines racionales de la vida se cumplan cuandoquiera que la injusticia reine en cualquier orden de las relaciones humanas", si se aprecia el Estado como lo consideraba nuestra Constitución, pues el régimen jurídico de la libertad, no admite que el Estado pueda ser un órgano de economía.

Hay que tener presente que "el derecho económico, como lo anota Radbruch, surge cuando el Estado no deja actuar las fuerzas económicas como libre actividad privada, sino que trata de dominar las leyes sociológicas de su movimiento, mediante normas jurídicas, las cuales a su vez son hechos sociológicos capaces de intervenir eficazmente en el dinamismo social. El derecho eco-

nómico es el derecho de la economía organizada". Y es evidente que dentro de los marcos de la constitución de 1886, el Estado no puede ser órgano de un derecho económico, puesto que sobre él prima un régimen de propiedad, un régimen patrimonial perfectamente opuesto a una economía dirigida.

Conforme a la Constitución de 1886, repetimos, el Estado no tiene ingerencia ni ordenación en los fenómenos económicos y sociales, puesto que está obligado preferentemente a mantener a los individuos en el goce de sus derechos naturales, especialmente la propiedad y la libertad, base de nuestro sistema de derecho privado y fundamento del sistema económico individualista.

"Enseña la doctrina individualista, dice el citado profesor Tascón, que el hombre al venir al mundo posee ciertos derechos subjetivos, que son los derechos individuales naturales; que el hombre nace libre, esto es, con el derecho de desarrollar libremente su actividad física, intelectual y moral y que todos los hombres tienen naturalmente la obligación de respetar el desenvolvimiento físico, intelectual y moral de cada uno de ellos, y de esta obligación se deriva el fundamento mismo del derecho, la regla social, la cual de una parte impone el respeto de los derechos individuales de cada uno, y de otra, impone a cada uno la limitación de sus derechos individuales para asegurar la protección de los derechos individuales de todos. Así, parte del derecho subjetivo para elevarse al objetivo. En una palabra, funda el derecho objetivo sobre el subjetivo".

"La constitución de Colombia y todos nuestros Códigos se inspiran en esta doctrina".

Con el mismo fundamento el Estado, dentro del régimen constitucional que comentamos, a mas de no tener función en las relaciones sociales de carácter económico, tampoco las tiene en otros campos de la actividad individual porque el principio de la libertad subsiste en todos los campos: profesión, educación, etc.

El Art. 19 de la Constitución de 1886 (sustituído por el Art. 15 de la actual Constitución) disponía: "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos".

El doctor Tascón, al comentar este artículo, dice, entre otras cosas, lo siguiente:

Este artículo es la cifra y compendio de la doctrina individualista".

"Estimar que la función esencial del estado es mantener respetivamente el orden jurídico, protegiendo los llamados derechos naturales mediante la prevención y castigo de los delitos, equivalente a reducir las funciones del estado a la simple policía o a la prestación del servicio público de justicia".

"El artículo nada dice de la intervención del estado en la satisfacción de las necesidades humanas; nada de la misión del Estado como órgano defensivo de las libertades individuales; nada de las obligaciones positivas de las libertades individuales; nada se establece que el Estado en nuestro antiguo régimen constitucional tenía la exclusiva misión de garantizar el desarrollo de las actividades individuales, como ya lo expresamos. Y esa situación jurídica del Estado corresponde lógicamente a los principios filosóficos que informaron todas nuestras instituciones jurídicas, las que, interpretadas con un criterio dialéctico, eran las llamadas a servir de marco jurídico a un sistema económico individualista.

Así, pues, el Estado, no podía intervenir de manera positiva en las relaciones privadas, sin quebrar todo el orden económico existente y mientras ese Estado representara una clase dominante en la sociedad, en la forma como lo establece Gettell, según las palabras que de este autor copiamos al iniciar este capítulo

La contradicción planteada con el régimen de libertad de que hemos venido hablando, se hace manifiesta en el terreno de las relaciones económicas. El factor económico a causa de esa libertad va aniquilando la supuesta igualdad que el individualismo se propuso, y haciendo tangible la necesidad de renunciar en parte a la soberanía personal, mediante un mayor poder del Estado sobre los asociados.

El estado en la forma como lo considera la disposición constitucional que comentamos, llega a convertirse en un medio de explotación o de opresión para las clases más débiles económicamente, como lo sostuvo Engels, al estudiar el origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado, o en una nueva clase de servidumbre para los trabajadores como lo pretendiera Proudhon.

Es lo cierto que el Estado en la forma como lo concibe el individualismo, no representa ninguna conquista social y que, al contrario, el desarrollo histórico se ha encargado de demostrar la

fuerza de opresión y de reacción que en sí representa el régimen de la libertad individual. Se cumple entre nosotros la observación de un destacado sociólogo, quien al estudiar el desenvolvimiento político de los pueblos, dice: "Es curioso notar que cuando una teoría revolucionaria ha sido generalmente aceptada y ha triunfado en la realidad, tiende a convertirse en conservadora, haciendo determinadas concesiones a las necesidades de la práctica y esforzándose en sostener cuanto ha cumplido, preservándose de un cambio futuro. Así, la doctrina de los derechos naturales que proclamaba el individualismo y la salvaguardia de la propiedad y la de derechos personales, fué una teoría crítica en el siglo XVIII, cuando atacaba a la aristocracia y a los gobiernos de aquel tiempo. En los tiempos presentes se ha convertido la mencionada teoría en un apoyo conservador de los intereses de la época, con el objeto de evitar la extensión del control y la actuación del Estado que demandan los socialistas".

Por último, en el régimen de libertad individual el Estado no tiene más que un solo fin, cual es el de garantizar, defender y conservar la propiedad privada, como que éste derecho es la base de todo un sistema económico. Los demás derechos y todas las libertades se consagran, precisamente, para mantener incólume la propiedad privada. Así nos lo demuestra el régimen constitucional anterior a 1936 y el sistema de derecho privado existente.

• NUEVO REGIMEN

Veamos ahora lo que el Estado significa en el nuevo régimen constitucional colombiano, gracias a la reforma contenida en varias disposiciones del Acto Legislativo número 1 de 1936.

Conforme al Artículo 9o. de este estatuto, correspondiente al artículo 15 de la Constitución en su nueva codificación, el Estado tiene ya una función positiva que cumplir, una misión social que cumplir, a la vez que los asociados quedan en una relación de solidaridad para el cumplimiento de sus deberes y ejercicio de sus derechos, objetivamente sociales.

Dice este artículo: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Los derechos naturales, para los cuales el Estado tenía obligación de garantizar el debido respeto, fueron técnicamente sustituidos por los deberes sociales del Estado y de los particulares, cuyo cumplimiento es forzoso, como que están fundados en la necesidad de hacer que las relaciones de los asociados entre sí y de éstos con el Estado, llenen una función de aprovechamiento para el bienestar común, para el progreso general.

Hay, de consiguiente, de acuerdo con esta nueva disposición constitucional, un orden superior al individuo, que controla su actividad particular, la coarta parcialmente y la obliga a ser un aporte efectivo al bienestar social. Ese control lo ejerce el Estado, ya capacitado por amplias disposiciones de derecho para intervenir con un criterio de justicia en las relaciones sociales.

El artículo que comentamos sería de por sí inocuo si al reformarse la Constitución no se hubiera atendido a establecer el alcance de las funciones del Estado y a definir la función de la propiedad. Pero como a todo esto atendió la reforma, el alcance del artículo es preciso y su realidad jurídica indiscutible. Si sólo se hubiera atendido a la reforma del Art. 19 de la Constitución de 1886, reemplazando en él los derechos naturales por los deberes sociales, nada habríamos conquistado porque esa simple declaración no es de por sí suficiente para quebrantar el orden jurídico individualista consagrado en nuestro derecho privado.

Por tanto, hay que apreciar el valor del artículo comentado examinando las disposiciones que le son complementarias. Establecido ya que el individuo frente a la sociedad, el individuo frente al Estado y éste frente a aquel, están en una relación de deber, hay que ver hasta dónde el individuo ha quedado sometido a un poder superior y hasta dónde el Estado ha reservado para sí lo que antes era de libre determinación individual. En esta forma construimos la interpretación intervencionista consagrada por la Constitución.

Tenemos en primer término la propiedad privada, irrestrictamente garantizada, como derecho inviolable y sagrado, en el artículo 31 de la Constitución de 1886. El sistema de propiedad establecido en dicha disposición es la consagración del más valedero derecho natural, conforme a la doctrina individualista. Al quebrantar la reforma constitucional el concepto del derecho, en su origen, en su fundamento y en su función, dando primacía al deber social, el derecho de propiedad pierde su valor absoluto y la propiedad

se convierte, de acuerdo con la orientación moderna del derecho, en función social, es decir, en algo destinado a ser fuente de riqueza para la sociedad entera y no para el individuo solamente.

Decía nuestra Constitución:

Art. 31. "Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente".

Acto Legislativo número 3 de 1910.—Art. 4o.—"En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo o en parte, sino por pena o apremio o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación".

Estas disposiciones constitucionales demuestran el reconocimiento de un régimen de derecho privado, desenvuelto por nuestro derecho civil y garantizado por el derecho público. Son el reconocimiento de los derechos naturales, de la libertad de propiedad y de su función esencialmente privada.

Con este sistema de propiedad fundado en el derecho subjetivo, el Estado no tenía ingerencia alguna para hacer que la propiedad no se convirtiera en fuente de miseria para la sociedad, pues este derecho tenía el antisocial alcance contenido en el Art. 669 del C. C.

El nuevo régimen constitucional para dar realidad al deber social tuvo que vulnerar el concepto antiguo de la propiedad privada, para ver de lograr que ella cumpla la función social que debe cumplir.

Así, el Art. 10 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, correspondiente al artículo 26 de la Constitución Nacional, en su nueva codificación, dijo, para sustituir las anteriores disposiciones:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de u-

na ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de las particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Las innovaciones traídas por la reforma constitucional al régimen de propiedad, a más de dar a ésta una función social, capacitan al Estado en este particular para ejercer una saludable intervención limitando el abuso del derecho de propiedad, procurando que la propiedad sea explotada provechosamente, en beneficio de quien la explota y de la colectividad, pues de lo contrario, la propiedad improductiva, que no beneficia ni al individuo ni a la sociedad, por indolencia del propietario, debe ser explotada y procurar el Estado esa explotación, como que a ella está vinculada la necesidad social.

Mucho se ha discutido si dar al Estado derecho para intervenir en el patrimonio particular, con fines sociales, no es la desaparición misma del derecho de propiedad. Bastante ausencia de lógica hay en esa creencia porque meditando un poco sobre las consecuencias de una intervención de tal naturaleza, llegamos a conclusiones completamente distintas. Mientras la propiedad está al arbitrio particular, sin fuerza legal que obligue al propietario a hacer de ella una verdadera riqueza, de que pueda disfrutar él y disfrutar la sociedad, la propiedad va creando un privilegio de unos pocos y la miseria general de los asociados. Mientras el derecho de propiedad es omnipotente porque ningún poder puede moderarlo y hacerlo útil, el goce de la propiedad no pasa de satisfacer necesidades individuales. Así, cuando no hay motivos que puedan considerarse de utilidad pública, de acuerdo con la significación jurídica de esta frase, puede haber una manifiesta necesidad social que haga justa la expropiación; y si la propiedad no se limita con este derecho social, graves situaciones, que podrían ser resueltas, permanecerían irresueltas en perjuicio común, por estar sometida la sociedad al derecho individual.

Reconocer que la sociedad tiene derecho a que la propiedad llene una función en beneficio suyo, es a nuestro modo de ver no sólo una garantía para la sociedad sino para el mismo propietario, que se ve urgido de crear y protegido efectivamente por el Estado, que tiene interés en protegerlo por su labor productiva en beneficio de la colectividad.

Cuando analicemos los derechos individuales y sus consecuencias, tendremos oportunidad de referirnos al derecho de propiedad. Por ahora para terminar el análisis de la propiedad como función social, quiero establecer lo relativo al problema de la expropiación.

La expropiación es en sí misma una limitación del derecho de propiedad, impuesta en beneficio de la necesidad social. Dentro de nuestro anterior régimen constitucional, el constituyente no hizo propiamente una declaración de este derecho social, puesto que sólo lo admitió en el artículo 4o. del Acto Legislativo No. 3 de 1910, por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, mediante mandamiento judicial y previa indemnización al propietario, lo que jurídicamente no significa expropiación, como lo afirma el doctor Tascón, sino un cambio de propiedad.

Por otra parte los motivos justificativos de la expropiación eran simplemente los de interés público, reducidos por la ley a ciertas necesidades, como construcción de hospitales, ferrocarriles, cárceles, cementerios, plazas, calles, iglesias, etc., quedando por fuera motivos igualmente fuertes, o sea, los de utilidad social, más imperativos y generalmente justificativos de la expropiación.

De suerte que en el régimen constitucional anterior no podía caber la expropiación, en su valor jurídico, puesto que el derecho de propiedad estaba fundado en la Declaración de los Derechos del Hombre, que hace de la propiedad un derecho inviolable y sagrado, del cual no puede ser privado el individuo sino cuando la necesidad pública lo exige y previa indemnización.

Pero modificado el concepto de la propiedad para hacer de ella una función social, tal como lo hemos visto, la expropiación alcanzó su verdadero sentido en la reforma constitucional de 1936, que siguió en sus disposiciones el pensamiento de las constituciones modernas.

Introdujo como motivos para la expropiación, a más del interés público, el interés social, cuyo alcance es sin duda alguna mayor, ya que comprende necesidades económicas más apremian-

tes, de más difícil solución y de más graves consecuencias para el orden social del país.

Admitido por la reforma que la propiedad es función social, que entraña obligaciones, lógicamente la expropiación se justifica por motivos de orden social. En ello están interesados el orden social, las necesidades económicas del pueblo e inclusive la misma soberanía, como nos lo ha demostrado Méjico con la expropiación de la industria del petróleo.

En materia de indemnización, la reforma conservó el sistema anterior, pero autorizando para en determinados casos, no hacerse previamente o no reconocerse, con las formalidades que la misma disposición constitucional señala.

Entrañará un desconocimiento de la propiedad la expropiación sin indemnización?

Aunque así aparece si se considera el derecho de propiedad como el inviolable derecho individual, realmente no entraña ese desconocimiento. A este respecto pueden plantearse varios casos, los cuales fueron densamente estudiados por la Comisión de Reformas Constitucionales de la Cámara de Representantes:

Si una persona es expropiada parcialmente y por causa de las obras que determinaron la expropiación, la parte no expropiada se valoriza hasta cubrir con este mayor valor la parte expropiada, no hay por parte del Estado un desconocimiento de su propiedad, ni esa persona ha sufrido perjuicio económico con la expropiación.

Si una persona es expropiada en forma completa, pero su propiedad no está en explotación ni prestando a la sociedad servicio alguno, se justifica la expropiación, puesto que la propiedad no está llenando misión alguna.

Esta manera de interpretar la función de la propiedad no es, como se ha creído, al ser traída a nuestra constitución producto de teorías comunistas, sino el resultado lógico de la concepción moderna del derecho público, ya cristalizado en fórmulas precisas en casi todos los países civilizados.

Citamos a propósito algunos artículos de constituciones extranjeras, que nos hemos permitido tomar de la obra del doctor Tascón:

"La constitución alemana de 1919 dispone lo siguiente:

"Artículo 156. La propiedad está garantizada por la constitución. Su contenido y sus límites son fijados por las leyes..."

"La propiedad entraña obligación. Su uso debe ser igualmente en el interés general".

"La Constitución de Yugoslavia de 1921, dice:

"Artículo 37. Se garantiza la propiedad privada. De la propiedad emanan obligaciones. El uso de la propiedad no debe perjudicar a los intereses de la colectividad. El contenido, la extensión y la limitación de la propiedad privada serán regulados por la ley".

La expropiación por causa de utilidad pública es admitida sobre la base de la ley, mediante una indemnización equitativa".

"La de España de 1931, dice:

"Artículo 44. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la constitución y a las leyes".

"La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las cortes".

"Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.....".

INTERVENCION ECONOMICA

El artículo 11 del acto legislativo número 1 de 1936, establece:

"El estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Parágrafo. Las leyes que se dicten en ejercicio de las facultades que otorga este artículo, requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara".

Esta disposición establece claramente la intervención del Estado con el objeto de organizar la vida económica nacional, controlando los factores esenciales de la producción y vigilando la actividad particular en todos los ramos de la economía y de la industria.

Como observación general cabe afirmar que este artículo es el complemento de los dos artículos ya comentados, puesto que

con él se expresa la función social de la propiedad, considerada ya no en su forma territorial sino en su moderna forma de capital y de trabajo.

Este artículo, dice la comisión de reformas constitucionales de la Cámara de Representantes en su exposición de motivos, "instituye la intervención económica del Estado, resuelve con un criterio justo de solidaridad social, las candentes luchas entre el capital y el trabajo, y asegura la defensa de un gremio tan importante en la economía nacional, como es el de los consumidores, que hasta hoy han vivido absolutamente desamparados del poder público, abandonados a la codicia cruel del especulador incontratable".

En el anterior régimen constitucional, no teniendo el Estado más que la función jurídica de garantizar el ejercicio de los derechos individuales, mal podía existir una disposición como la que comentamos, que entraña una intervención positiva del Estado en las actividades del capital y trabajo, puesto que la libertad para estos dos factores eran el fundamento de nuestro régimen de derecho, el uno como libertad de propiedad y el otro como libertad de trabajo, derechos ambos inviolables.

La introducción de este artículo nuevo entraña una completa revolución en nuestro régimen de derecho privado, puesto que las dos libertades fundamentales en que se basa ese régimen quedan controladas y orientadas por el Estado.

Anteriormente las relaciones entre el capital y el trabajo, entre el productor y el consumidor, quedaban sometidas al sistema jurídico de nuestro derecho civil, en el que la libertad de propiedad y la libertad de contratación, hacían de aquellas relaciones, actividades puramente individuales, actos civiles de arrendamiento y compraventa, sin que el Estado tuviera derecho a intervenir para determinar lo relativo a salario, condiciones de vida, asistencia, etc., para el trabajador, ni lo relativo a calidad de la producción, precio, etc., para los efectos del consumo.

Dentro de nuestro anterior sistema, tanto el derecho público como el derecho privado, en las relaciones jurídicas, no reconocían la división social en clases, determinada por la economía, presentándose por esa universalización de la persona humana, el desarrollo del derecho en la forma como lo anota Radbruch:

"Las ideas burguesas de igualdad y libertad jurídica formal constituyen los pensamientos básicos de su derecho patrimonial.

No reconoce agricultores, trabajadores manuales y fabricantes, empresarios, obreros y empleados, sino sólo sujetos de Derecho pura y simplemente, sólo "personas" y considera a estos como absolutamente libres. Cada cual está solo obligado a aquello a lo que él mismo se ha obligado, por libre decisión. El mundo jurídico entero es concebido como un tejido de obligaciones recíprocas aceptadas voluntariamente; como una red de contratos libres; como un gran mercado único, en el cual todo puede convertirse en mercancía".

"La libertad contractual es uno de los pensamientos básicos del Derecho Patrimonial; el otro consiste en la libertad de propiedad, esto es, en la libertad de gobernar a capricho, con pleno arbitrio, sobre los objetos de la propiedad, lo mismo durante la vida, que después de la muerte".

Para estimar la manera como se desarrolla la vida jurídica dentro de este orden de ideas, no dudamos en traer a este trabajo algunos conceptos del mismo autor:

"La libertad de contratación y la de propiedad no son compatibles entre sí, pues la propiedad privada unida a la libertad de contratación significa, ya no solo un poder sobre las cosas sino además un poder sobre los hombres; y que la libertad de contratación es libertad, ciertamente, para aquel que posee este poder, pero en cambio impotencia para aquel contra quien se dirige. El propietario puede esperar hasta que el trabajador se le dirija aceptando por fin el salario que se le ha ofrecido; puede aguardar hasta que el arrendatario se conforme con las condiciones que quiere imponerle; hasta que el prestatario le solicite el préstamo al interés que le señale; la otra parte, en cambio, se halla cohibida, coaccionada de hecho a aceptar las condiciones que se le dicten. A la propiedad privada la llamamos capital, en cuanto que concede, no sólo un poder sobre cosas, sino también sobre hombres. La libertad de contratación ligada a la libertad de dominio, constituye la base jurídica del sistema capitalista. La esencia de una ordenación jurídica de matiz social, consiste por el contrario, en que impone limitaciones a la libertad de contratación y deberes a la propiedad en interés de la persona que resulta mas débil económicamente".

La introducción a nuestro régimen constitucional de la disposición que comentamos, entraña una verdadera revolución en nuestro sistema jurídico, como que con ella el Estado viene a ser órgano activo de un nuevo derecho, o sea, del derecho económico.

Comprende esta intervención tres fenómenos de las relaciones económicas, en los cuales el Estado no tenía ingerencia alguna en el anterior régimen constitucional.

Intervención en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción.

Esta intervención del estado en la industria con el fin de racionalizar la producción hay que entenderla como una de las funciones económicas más importantes del Estado y como una de las más decisivas para el cabal desarrollo de la riqueza nacional. Decir que el Estado interviene para racionalizar la producción no es otra cosa que reconocer la obligación en que está el Estado de procurar que las industrias y empresas sean explotadas de acuerdo con las exigencias económicas del país, atendiendo a la capacidad de éste para determinadas industrias, evitando la anarquía en el desarrollo de la producción que ocasiona la miseria social y estanca el desarrollo de la producción, controlando que la producción corresponda efectivamente a las necesidades del consumo, y, en suma, que el país tenga una economía organizada técnicamente. Con esta intervención el Estado controla el capital para evitar la superproducción de mercancías inútiles, para evitar la competencia ruinosa y para lograr que los efectos producidos alcancen la elaboración que sus fabricantes anuncian para ellos. Al mismo tiempo con esta prerrogativa, el Estado estimula la producción, atrae el capital a industrias y empresas nuevas y logra, dentro de un armónico plan de economía nacional la estabilidad económica necesaria.

Se objeta que el Estado, atendidas nuestras condiciones de desarrollo social y económico, no está en capacidad de realizar esta intervención en la producción, afirmándose que países de más vigoroso desarrollo no han logrado que el Estado cumpla esta misión. Sin embargo no es valedera la objeción porque en nuestras condiciones actuales, el Estado sí puede racionalizar la producción, al menos parcialmente y en las industrias y empresas más fuertes de la Nación. Querer que en breve plazo el Estado logre una intervención completa en este sentido es imposible y absurdo. Pero a medida que las circunstancias vayan haciendo visibles las más apremiantes necesidades en la producción, el Estado podrá ir orientándose de acuerdo con esas necesidades.

Intervención por medio de leyes en la explotación de indus-

trias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la distribución y consumo de las riquezas.

Esta forma de intervención, complemento necesario de la que acabamos de estudiar, tiende a que el Estado oriente su actividad a un control en cuanto a la forma, manera y condiciones en la distribución y consumo de la riqueza. Atiende con esta facultad a que la economía nacional irrigue con la producción todas las secciones del país; a que lleguen a todas las clases sociales los productos necesarios para su subsistencia y normal standard de vida, y, especialmente a que en las relaciones económicas de la producción, no sea el consumidor la persona desamparada, carente de apoyo por parte del Estado, a quien el productor, mediante hábiles artificios industriales o comerciales, obligue a carecer de lo necesario o a pagar con exceso los productos que consume.

Con esta intervención el Estado hace desaparecer esa relación directa entre productor y consumidor, anteriormente colocados en un régimen de derecho privado, con la consiguiente inferiorización del consumidor, para colocarse en medio de ellos y equilibrar esas relaciones, haciendo que el productor no abuse del consumidor, que la producción no se concentre en el monopolio y que a cada hora esté garantizado el consumidor en la satisfacción de sus necesidades económicas.

También a esta forma de intervención se ha hecho la objeción que atrás apuntamos. Por nuestra parte, con relación a ella, continuamos creyendo que el Estado alcanzará paulatinamente el logro de esta racionalización en la distribución y consumo de las riquezas.

Intervención del Estado en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Es esta la tercera forma de intervención económica que contempla el artículo a que nos referimos.

Sin duda alguna constituye esta forma de intervención la manera más fácil de lograr la llamada justicia social y también, la manera de evitar que la degradación económica de una clase llegue a los extremos de provocar el desquiciamiento de un orden político.

La intervención del Estado para lograr que el trabajador goce de una justa retribución en su trabajo y se le asista convenientemente por parte del patrón, no es en realidad de difícil realiza-

ción puesto que todo se reduce a los problemas fundamentales del trabajo en cuanto a salario, asistencia social por despido, enfermedad, incapacidad, etc., y a asistencia de su familia en caso de muerte, cosas que ya se han logrado relativamente y que podrán llevarse a feliz término por la introducción en nuestras leyes de algunos estatutos de trabajo que establezcan el salario mínimo y algunas otras garantías indispensables.

Pero a esta forma de intervención hay que darle un alcance mayor, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 17 del acto legislativo número 10. de 1936, que declara que "el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado". Por tanto habrá de ir hasta garantizar no sólo la asistencia social a que nos hemos referido, sino el trabajo mismo evitando el cierre de empresas, de industrias, de explotaciones en general, o tomando a su cargo el Estado esa explotación, con el fin de asegurar la existencia del trabajo, como obligación social.

Es interesante anotar que el trabajo intervenido por el Estado, sitúa al trabajador en una relación con el patrón perfectamente distinta a la en que estaba situado dentro del régimen anterior, cuando el trabajo en el régimen civil constituía un contrato de arrendamiento, concibiéndose de manera aberrante que el trabajo, como en los tiempos de la esclavitud feudal no fuera más que el servicio prestado por el hombre, y el hombre una cosa con esa capacidad para el trabajo.

Sustituído este concepto y considerado ya como una obligación social y protegido por el Estado, el esfuerzo del hombre se dignifica y se hace suficiente para su subsistencia, porque despojado de esa absoluta libertad de contratación, no está al arbitrio de otra parte más poderosa y de consiguiente, en igualdad de condiciones con el capital.

No sabemos hasta donde podrá el Estado llevar su intervención para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, pero es lo cierto que examinando el proceso de la producción, la justicia social debería ir más allá de la seguridad del trabajo, de la asistencia social, etc., hasta lograr que el trabajador tuviera en la producción una justa participación, de acuerdo con el trabajo prestado.

Todos los países civilizados del mundo han orientado últimamente el derecho público hacia una interpretación social y económica, a que nosotros nos aproximamos con las nuevas disposicio-

nes constitucionales. Como punto de comparación y por considerar que la organización Soviética es en sus disposiciones legales la de mayor avance social, me permito copiar algunas disposiciones de la Constitución de la U. R. S. S., en relación con la intervención estatal en el trabajo.

"Artículo 118. Los ciudadanos de la U. R. S. S., tienen derecho al trabajo, es decir el derecho a que se les asegure un empleo, remunerado de acuerdo con su calidad y cantidad".

"El derecho a trabajo está garantizado por la organización socialista de la economía nacional, por el constante desarrollo de las fuerzas productivas de la sociedad soviética, por la eliminación de las posibilidades de una crisis económica y por la eliminación de la cesantía".

Artículo 119. Los ciudadanos de la U. R. S. S., tienen derecho a descanso y reposo".

"El derecho a descanso y reposo le está garantizado por la reducción de la jornada diaria de trabajo a la gran mayoría de los trabajadores a siete horas, el establecimiento de vacaciones anuales con estipendio pagado para los trabajadores manuales y empleados y por la amplitud de la red de casas de salud, hoteles de recreo y clubes puestos a disposición de los trabajadores".

INTERVENCION SOCIAL

Esta forma de intervención es parte integrante de la intervención económica. Si queremos tratarla separadamente es más que todo con el objeto de hacer una fácil distribución de la materia, para mayor claridad y mejor comprensión.

La reforma constitucional establece la intervención social del Estado en varias materias, comprendidas en los Artículos 12, 14, 16 y 17, principalmente, del Acto Legislativo No. 10. de 1936.

Para los fines de este estudio sólo nos referiremos a los tres últimos artículos, por considerarlos de mayor trascendencia social y como complemento necesario de la intervención económica, ya analizada.

Empezaremos por la asistencia pública.

Dice el artículo 16 nombrado, que corresponde al Art. 39 de la C. N. en su nueva codificación:

"La asistencia pública es función del Estado. Se debará prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, están físicamente incapacitadas para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado".

Entraña esta disposición el franco reconocimiento de que la vida social está fundada sobre un régimen de solidaridad humana y que por lo mismo, la sociedad está en el **deber** de atender a las necesidades de las personas, cuando por sí o por otras personas, más directamente obligadas, no puedan llenarse estas necesidades.

Se inspira la asistencia social como función del Estado en la existencia de un derecho nacido de la sociedad para con el individuo, que como miembro de la colectividad, después de haber contribuido con su esfuerzo al progreso común, cae en desgracia y se halla privado de recursos. Y se obliga el Estado a esa asistencia como que él representa los intereses de la sociedad y a su cargo está el cumplimiento del derecho.

Naturalmente que la asistencia tiene los límites que la disposición señala. No ha de ser prestada por el Estado sino cuando la persona está físicamente incapacitada para trabajar y otras personas no están obligadas a asistirla.

Lo primero porque el trabajo es una obligación del individuo para con la sociedad y la sociedad no está en la obligación de asistir a quien pudiendo cumplir su deber no lo cumple. Lo segundo, porque habiendo una organización familiar y una organización social del trabajo, están más directamente obligadas la familia o la empresa en que la persona ha trabajado, que el Estado.

La asistencia social tiende a llenar el mayor vacío de la vida organizada de un país, que no puede abandonar a sus miembros a la caridad pública que aunque en veces inspirada en nobles principios cristianos, entraña la mayor descomposición social y motivo de humillación personal, para quien se ve obligado a recurrir a este sistema de subsistencia.

Abandonar al hombre impotente económicamente a la bondad de los individuos, por la no existencia de un deber social, es, sin duda alguna, el desconocimiento de un orden de justicia y de solidaridad.

Sin llegar a los extremos de Faure ni a la amargura de Kropotkine en el examen de la caridad como fuente de alivio para la indigencia, tenemos que convenir en que es más humano y más noble que el individuo sea asistido por el Estado y no por los particulares a título de caridad. La personalidad humana no se relaja con la primera forma de asistencia, y en cambio, con la segunda, se destruye el valor moral del hombre, se le inferioriza y se le hace amarga la existencia. Es muy distinto para una persona verse asistida por derecho a verse asistida por caridad.

Aunque no podríamos llegar a afirmar rotundamente con el último autor citado que "la caridad es sencillamente un crimen social", ni que ella entraña "una indignidad del que la hace, una bajeza del que la acepta", porque estimamos que la caridad es el resultado de un estado de cosas, en que apenas el hombre trata con nobleza de resolver una situación, si estamos de acuerdo con él en que la caridad no tiene por qué existir en una sociedad bien organizada.

Es al Estado a quien corresponde la asistencia social y lograda por él, la justicia alcanza un sentido más amplio y el derecho una verdadera interpretación.

PROTECCION AL TRABAJO

Lo dispuesto en el Art. 17 del Acto Legislativo No. 10. de 1936, correspondiente al artículo 40 de la C. N., que declara que "El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado", huelga comentarlo, puesto que ya lo hicimos en otro lugar.

La intervención que surge de este artículo tiende a garantizar un orden de trabajo, por el aspecto económico, y por el aspecto social a hacer del esfuerzo humano una verdadera capacidad. Abre, asimismo, amplias perspectivas para que el Estado asegure al trabajador con amplias garantías, impuestas a quienes utilizan la energía del trabajador, y abre camino para hacer una técnica organización del trabajo por todos los aspectos.

En materia de educación pública los Estados modernos se orientan decididamente a crear una cultura, organizada y dirigida por el Estado, con el fin de obtener el mayor nivel intelectual y el mayor aporte de esa cultura al desarrollo de la nacionalidad, procurando al mismo tiempo, que la educación cumpla su cometido democráticamente, es decir, en todas las capas sociales, para que no se convierta en privilegio y en causa de explotación para los más.

Para cumplir esos propósitos educativos el Estado colombiano, por medio del Art. 14 del Acto Legislativo que comentamos, correspondiente al Art. 35 de la C. N., quedó capacitado para orientar la educación pública al cumplimiento de los fines sociales y obtener la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

Con el nuevo criterio de la constitución, quebrantado el absolutismo de la libertad individual que antes informara nuestro derecho, la educación adquirió el carácter de función social, por parte del Estado, de obligación social por parte del individuo, haciéndose la enseñanza obligatoria en su grado primario, hasta donde lo determine la ley, y manteniéndose la educación, en todos sus grados bajo la suprema inspección y vigilancia del gobierno, así sea pública o privada.

La intervención que el Estado puede ejercer en la educación y la orientación social que a ella puede darle es, sin duda alguna, el más franco avance en la democratización de la cultura.

Para apreciar ese avance tenemos que considerar retrospectivamente el estado de la educación en Colombia y darnos cuenta de las causas de nuestro estancamiento espiritual.

Teníamos educación pública y privada. Pero para esa educación el Estado no tenía otra deber que el de suministrarla, gratuitamente cuando era primaria, y organizarla y dirigirla, en todos los grados, de acuerdo con la Religión Católica.

Esa cultura no tenía una orientación técnica ni tendía a llenar una función social, puesto que el Estado estaba desvinculado moralmente del problema educativo y supeditado en forma intolerable por autoridades eclesiásticas.

“La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica. La instrucción primaria costeada

con fondos públicos será gratuita y no obligatoria", disponía el Art. 41 de la Constitución de 1886.

La disposición transcrita permite comprender que la educación era una función de más trascendencia para la Iglesia que para el Estado, y que éste no tenía interés alguno en que la cultura fuera patrimonio social. Semejante situación, provocada por el indiferentismo del Estado, dio como resultado que la cultura se concentrara en unos pocos y que la población, en su casi totalidad, quedara desamparada espiritualmente, postergada y en un nivel de increíble analfabetismo.

Por otra parte, dentro del régimen constitucional anterior, la educación profesional y secundaria, atendida privadamente, sin que el Estado se percatara del rumbo que a la cultura se daba, no prestaba mérito para fundar en ella el armónico desarrollo intelectual del país, de acuerdo con las exigencias modernas.

La reforma constitucional estableció:

"Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia, de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado y obligatoria en el grado que señale la ley".

Armonizando los principios de la libertad personal con los intereses generales de la sociedad, la reforma constitucional, consecuente con el criterio general que la informa de hacer del Estado un organismo responsable de las actividades sociales, trajo a nuestro sistema educativo, los dos conceptos más importantes de la cultura: su obligatoriedad, su contenido social.

El primero, como lo hemos visto, para la educación primaria suministrada por el Estado, en forma gratuita.

El segundo con la supervigilancia oficial en la educación de todo grado, pública o privada.

Uno y otro sólo buscan cumplir que la cultura se universalice hasta donde sea posible y que la educación que se dé a los educandos, tienda a que ellos sean formados científicamente, con criterio tal, que la sociedad se aproveche de sus conocimientos, con miras al bien general.

"A nuestro parecer—dice Duguit—no ofrece la menor duda el derecho del Estado a imponer a todos un *mínimum* de instruc-

ción. El Estado no puede hacer ley de ninguna índole capaz de estorbar el libre desarrollo físico, intelectual y moral del individuo. Y es evidente que el Estado no viola este principio al imponer a todos un *minimum* de instrucción, toda vez que esta instrucción es la condición misma del desarrollo de la actividad individual. Por otra parte, si el padre de familia tiene derecho de elegir libremente los maestros que da a su hijo, es precisamente porque tiene el deber de asegurarle la instrucción y de velar por su desarrollo físico, intelectual y moral. Por consiguiente, al establecer la instrucción obligatoria, el Estado no hace más que dar una sanción positiva a una obligación que el derecho impone al padre de familia".

Siendo casi imposible que el Estado asuma en forma total la obligación de dar a los asociados la instrucción necesaria, por entrar ese monopolio una completa negación de la libertad, para conservar ésta y al mismo tiempo asegurar los fines sociales de la cultura, la reforma consignó la intervención del Estado en la educación imponiendo la supervigilancia del gobierno en ella, lo que, dado nuestro grado de desarrollo social, es suficiente para el normal progreso de la educación.

Esta intervención por parte del Estado que no cae en el extremo que nos ofrecen los países totalitarios de querer conformar la mentalidad de las generaciones que se educan, a los principios políticos del Estado, tiene una sana misión, de proyecciones exclusivamente culturales y sociales.

El estado va a intervenir, "en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos", porque las modernas orientaciones de la educación pública, que nó las necesidades políticas, son las que reclaman la intervención.

La educación o instrucción de un pueblo no tiene ya el simple significado de desanalfabetizarlo, entendiéndose por ello la enseñanza de nociones elementales, constitutivas del primer grado de instrucción; e igualmente la educación profesional no tiene actualmente el egoísta contenido de independizar al individuo dotándolo de ciertos conocimientos académicos.

Hoy la educación, considerada en su grado primario, va más allá de la antigua misión pedagógica. La escuela tiene la misión de despertar la vida intelectual del niño, orientar las capacidades que posea, infundirle un concepto de su personalidad, corregir sus ta-

ras, sus impulsos, y en fin, modelar el alma del niño para preparar un perfecto hombre moral. Y cumple la escuela esa misión, no con la enseñanza sistematizada de ciertas nociones, exclusivamente médica, etc., para la cual necesita el estado intervenir permanentemente, procurando que los maestros lo sean realmente, que las escuelas llenen las exigencias higiénicas, que haya médicos escolares, etc.

En cuanto a la educación vista en sus más altos grados, el Estado está en la obligación de supervigilarla, para procurar una orientación científica, una verdadera formación intelectual, como que los profesionales que se formen, no van a servirse de sus conocimientos para el sólo provecho personal, sino que la sociedad va a utilizarlos, a emplearlos, y serán los asociados los que carguen las consecuencias de una incompetente educación profesional.

Por último, el Estado tiene que intervenir en la educación para ver de hacer de ella un instrumento adecuado para la formación técnica de los hombres. Esto con el objeto de aprovechar todas las capacidades, cuyo rendimiento, según concepto de la nueva pedagogía, depende de la orientación vocacional.

Comparando las disposiciones constitucionales en materia de educación, que ya hemos citado, encontramos que la reforma logró no sólo la intervención para los fines que hemos analizado brevemente, sino que alcanzó, por otra parte, recuperar la soberanía civil del Estado, mermada gravemente con la Constitución de 1886 y el Concordato, que daban mayor ingerencia a la Iglesia que al Estado en materia de educación.

Pero la manera como logró el legislador este cometido, sin caer en exageraciones doctrinarias, sino guiado por el más claro criterio de independencia civil, evitó la reaparición de la pugna entre la Iglesia y el Estado, de la cual tenemos dolorosa experiencia.

Sobre este problema no quiero hacer mayores comentarios, y he querido simplemente enunciarlo, como que es parte fundamental de la reforma. Quiero sí decir que la independencia reconquistada por el Estado, en materia educativa, no conduce al implantamiento de la escuela laica, porque el principio de independencia civil hay que armonizarlo con el de libertad de conciencia consagrado en la Constitución.

La reforma, en este aspecto, salvó el peligro de la educación confesional, pero dejó incólume la libertad de pensamiento, que no sólo tolera la educación religiosa, sino que la prohija y respeta.

GUSTAVO RENDON G.

BREVES ANOTACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

El hombre, elemento social por naturaleza, está en la obligación moral de comportarse ante sus semejantes en las mismas condiciones y circunstancias en que de ellos espera ser retribuido. Este enunciado encuentra su fundamento en aquella gran norma de la sociabilidad humana, que la moral y el derecho ordenan practicar y que Demolombe enuncia así: "Alteri ne faceris quod tibi fieri non vis", lo que vale decir, "no hagas a otro lo que no quisieras que os hicieran".

El hombre es moralmente responsable cuando debe responder de sus actos u omisiones ante su conciencia, aun cuando dichos actos u omisiones no vayan en perjuicio de los demás, pero que están en pugna con la ley moral. La ley positiva no puede ocuparse de esta clase de responsabilidad, porque ella es dada sólo para la mejor armonía en el libre desenvolvimiento de las relaciones humanas. El acto moral dice introspección, unidad (en sentido filosófico), mientras que el acto jurídico dice relación a nuestros semejantes, es decir, requiere la existencia de un hecho que ha inferido daño a otro. Ello no quiere decir que el derecho y la moral sean dos conceptos antagónicos, ni extrañas disciplinas entre sí. El legislador debe calcar los principios jurídicos, la ley positiva, sobre los principios de la moral.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

El hecho dañoso puede ir en contra de un individuo particular, o en contra de la sociedad, o de ambos a la vez. La sociedad, como todo organismo, tiende a repeler lo que le es nocivo para su subsistencia y trata de ponerse en guardia contra todo lo que pre-

tenda socavar los fundamentos sobre que está constituida. Para su defensa emplea como medios las penas, que en la escuela clásica se dan como castigo al delincuente, y en concepto de la escuela positiva, por la peligrosidad que dicho delincuente encierra para la sociedad en que actúa, como **defensa social**, a la vez que como medida de **corrección** y de **readaptabilidad** para quienes sea posible esta reforma.

La responsabilidad civil atiende sólo a la reparación del daño privado. Ya no es una sanción como en la responsabilidad penal, sino una reparación, un equilibrio, una indemnización que trata de volver a su estado anterior el patrimonio de la víctima menoscabado por consecuencia del hecho dañoso.

Una y otra responsabilidad son independientes la una de la otra: hay casos que la ley penal castiga, como la sedición, fuga de presos, cuadrilla de malhechores, sin que acarreen para los autores ninguna responsabilidad civil; otros, como el homicidio, el delito de heridas, que entrañan tanto la responsabilidad penal como la civil; y por último, hay muchísimos casos, que son los más, en que la responsabilidad civil obliga sin que se incurra en responsabilidad penal toda vez que el hecho dañoso no está prohibido en la ley penal. (*nullum crimen, nulla pena sine lege*).

Con lo hasta aquí dicho nos damos cuenta de lo que es delito civil y delito penal, y entre ellos podemos establecer las siguientes diferencias: a) en el primero queda la víctima colocada en frente del autor del daño, mientras que en el segundo el delincuente se encuentra frente a la sociedad. b) las sanciones penales son de orden represivo (escuela clásica) o de protección a la sociedad (escuela positiva), mientras que las civiles sólo llevan la indemnización de daños y perjuicios.

El círculo de la responsabilidad civil es mas extenso, mas amplio que el de la responsabilidad penal. Para que tenga lugar la primera basta con que haya una simple falta, descuido, imprudencia o negligencia que cause daño a otro; mientras que para la segunda es necesario que el hecho sea violatorio de una norma legal.

QUE ES DELITO?
QUE ES CULPA?

Antes de seguir adelante conviene que precisemos estos dos conceptos dada su importancia en la materia que tratamos, como

fuentes generadoras de la responsabilidad civil. El Tit. 34 del libro IV del C. C. trae como rubro "Responsabilidad común por los delitos y las culpas", y el Art. 1494 C. C. señala como fuente de las obligaciones, entre otras, "el hecho que ha inferido injuria y daño a otra persona, como en los **delitos**", y el Art. 34 de la Ley 57 de 1887 dice: "Las obligaciones que se contraen sin conveni- ción, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un **DELITO**.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o **CULPA**".

El C. P. de 1890 trae en su Art. 1o. lo que debe entenderse por delito: "Es delito la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena". Nuestro nuevo C. P., enemigo de toda definición, con buena lógica desde luego, por la vaguedad e imprecisión que toda definición encierra, como por la innecesariedad, ya que enumerando los delitos o los actos que la ley prohíbe, aquella resulta sin objeto.

El Art. 3o. del C. P. de 1890 nos da la siguiente definición de culpa: "Es culpa la violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria de la ley, por la cual se incurre en alguna pena".

De suerte que el delito está caracterizado por el **dolo**, es decir, la **intención** criminosa, la **volición** del acto delictuoso y sus resultados. La culpa por el contrario, es la violación imputable y punible de la ley, sin intención de dañar.

En el inciso 2o. del Art. 10 del C. P. de 1936 se dice: "hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos". Como se ve, no hay **voluntariedad**, no hay **malicia**, no hay **intención**, pues no es posible querer lo que no se ha previsto. Y si confió en poder evitar el daño, hay una falta de precaución o, lo que es lo mismo, una falta de atención y una falta de previsión y de inteligencia.

A este respecto conviene citar lo que al respecto dice el doctor Campo Elías Aguirre sobre la razón de la punibilidad de los hechos culposos: "Todo hombre tiene el deber no sólo de no atentar voluntariamente contra los preceptos del derecho, sino también de ejecutar los actos propios con toda clase de precauciones

para evitar que de nuestros hechos, aún inofensivos, se originen consecuencias perjudiciales para los demás. Así, el derecho no sólo exige, vg., que nadie atente voluntariamente contra la vida de otro hombre, sino que nos impone el deber de ejecutar nuestras acciones de tal manera que su realización no origine peligro para los coasociados. Por tanto, continúa el citado autor, el que debiendo prever no ha querido prever, el que debiendo realizar un hecho con cierta cautela y diligencia no ha querido observarlas, ha violado un deber exigible y, por tanto, su negligencia lo ha hecho culpable de una violación jurídica. Este deber de atención y diligencia en la ejecución de los actos de la vida diaria es cada día más exigible merced a las condiciones de la vida moderna que pone en manos del hombre formidables fuerzas naturales, cuyo manejo imprudente o negligente puede producir grandes catástrofes".

Pothier, tratando este asunto, llama delito al hecho por el cual una persona, por dolo o perversidad, causa a otro algún daño o injuria; y cuasidelito o culpa el hecho por el cual una persona sin intención pero con imprudencia, causa daño o injuria a otro.

De suerte que es la intención la que rige el concepto; si existe intención hay delito, y en caso contrario culpa o cuasidelito. Uno y otro, como ya lo vimos, pueden ser civiles o penales. Penales cuando son castigados por la ley, causen o no daño; y delito o cuasidelito civil el hecho que causa daño, lleven o no pena consiguiente. En resumen, pues, la característica del delito civil o penal es el dolo, el cual puede definirse diciendo: "La intención positiva de inferir injuria o daño a la persona o propiedad de otro", y la del cuasidelito, sea civil o penal, es la culpa, la cual puede definirse según el doctor A. Alessandri: "La falta de cuidado o diligencia que debe emplearse en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho". En nuestro C. C. la culpa grave equivale al dolo (a. 63 C. C.).

EVOLUCION Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

La solución del problema de la responsabilidad ha dividido los pareceres: Quienes sostienen que su fundamento está en la falta o culpa, es decir, que la responsabilidad es subjetiva; y otros

hacen caso omiso de la existencia de la culpa para la deducción de la responsabilidad, afirmando que basta que el daño exista, sin necesidad de demostrar la culpa, o sea la **responsabilidad objetiva**, la que se conoce con el nombre de la "teoría del riesgo", de que más adelante hablaremos.

En el antiguo derecho romano la responsabilidad era objetiva. Ella obligaba independientemente de toda idea de culpa; era una reacción de la víctima contra la causa aparente del daño; era devolver golpe por golpe sin preocuparse de la noción de culpabilidad, así fuese contra un niño, animal u objeto inanimado. Así se explica la razón de las acciones noxales que dejaban al esclavo, animal o cosa inanimada en poder de la víctima. La responsabilidad venía a ser la expresión jurídica de la vindicta privada.

Más tarde los espíritus y las costumbres fueron variando hasta reconocer la intencionalidad del sujeto actuante y la responsabilidad vino a ser consecuencia de la imputabilidad, lo que vale decir, no hay responsabilidad sin culpa. Es la culpa, pues, la base o el fundamento de la responsabilidad que de objetiva llega a ser subjetiva. La culpa aquiliana, al decir de Josserand, es una especie de "pecado jurídico", que quien no la ha cometido no es responsable.

En sentido lato se dice que hay responsabilidad cuando una persona es obligada a reparar un daño sufrido por otro. Nuestro C. C., como la mayoría de los códigos del mundo, establece como base de la responsabilidad, la culpa. Así el Art. 2341 del C. C. dice: "El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización".

Esta concepción subjetiva pudo bastar a una sociedad en que las relaciones comerciales e industriales eran poco desarrolladas; le eran suficientes a un pueblo de agricultores y guerreros que no tenían ningún concepto de sociabilidad y se aferraban al más crudo individualismo. No puede decirse lo mismo en los tiempos modernos, cuando se trata de una sociedad moderna, más actuante, más compleja, en que las relaciones jurídicas se intensifican, en que los riesgos se multiplican y revisten las más variadas formas.

Hasta el año de 1890 parecía admitido que no había lugar a responsabilidad sin que se demostrase la existencia de la culpa. Esta teoría desde entonces ha sido combatida fuertemente por los

nuevos criterios, en especial por los defensores de la teoría del riesgo creado, en vista de las necesidades de la hora presente:

a). Fundar la responsabilidad civil sobre la idea de falta o culpa, es confundirla con la penal. Para aquellos tiempos pudo tener algún valor por cuanto el delito era sancionado privadamente y cuando entonces el derecho civil y el derecho penal se confundían. Uno de los mayores progresos del derecho ha consistido en separar el derecho civil del penal confundidos en las primitivas legislaciones. Ya hoy resulta retrasada esa tesis por cuanto en la civilización actual el derecho civil y el penal tienen su completa delimitación, son independientes uno del otro. Como atrás lo vimos, no se trata ya de castigar sino de reparar, de indemnizar, se trata de restablecer el equilibrio roto por el acto ilícito.

b). Los partidarios de la teoría del riesgo objetan la iniquidad de ciertas consecuencias de la teoría clásica. Con la exigencia de una culpa para que incurra en responsabilidad el autor de ella, la persona lesionada por el acto de un loco, es decir, por un sér que no puede cometer falta, debía renunciar a toda indemnización; para ser lógicos, agregan ellos, sería preciso declarar irresponsables a las sociedades, personas morales, ya que siendo ficticias no podrían cometer falta alguna.

c). Fundando la responsabilidad sobre la idea de culpa, e imponiendo la prueba de ésta a la víctima, se reduce la responsabilidad al estado teórico, al menos en la mayoría de los casos, ya que dicha prueba es árdua, difícil y casi siempre imposible. Si en teoría podemos tener un concepto de ella, demostrarla en la práctica es casi imposible, máxime teniendo en cuenta los enormes progresos de la industria y de la ciencia, lo que agrava su demostración.

d). Por otra parte, la víctima que es la parte más débil en la generalidad de los casos, si no siempre, tiene que enfrentarse a compañías o sociedades bien organizadas que tienen a su disposición toda clase de datos de que su adversario carece, lo que hace una lucha desigual, que lógicamente trae como consecuencia el dominio o vencimiento de la víctima.

Los progresos de la ciencia y el desarrollo del maquinismo han hecho más obscura la causa de los accidentes; el accidente es a menudo anónimo porque el hombre utiliza fuerzas en su favor de que no siempre conoce su alcance y poderío. Cómo exigirle a un obrero que ha sido víctima de la explosión de una caldera, que

demuestre la culpa en que ha incurrido el empresario o patrón? De esto se deduce que la responsabilidad subjetiva, la que tiene como fundamento la culpa, es para la víctima de efectos poco prácticos.

Para obviar estas dificultades se han ideado varios caminos:

a). La teoría del riesgo creado.

b). La teoría de las presunciones de responsabilidad.

RIESGO CREADO

Hasta fines del siglo pasado se sostenía que sin culpa no había lugar a responsabilidad. Hoy en día tiene esta teoría partidarios que la sostienen y defienden con todo su vigor. (Planiol, Ripert, Colin y Capitant). Planiol dice: "Todo caso de responsabilidad sin falta sería una injusticia social, sería en derecho civil como en el penal la condena de un inocente". (Teoría clásica).

A esta teoría se ha opuesto otra que funda la responsabilidad no sobre la idea de falta presumida o probada, sino sobre la idea del **riesgo creado**.

Esta teoría cuyo autor es Saleilles, puede formularse así: "Toda actividad que crea para otro un riesgo, hace a su autor responsable del daño que pueda causar, sin que haya necesidad de averiguar si hubo o no culpa de su parte". (Responsabilidad objetiva. Sus sostenedores dicen que ella se basa en una idea de justicia, porque la actividad del hombre dirigida a obtener un lucro, un beneficio, una utilidad en su provecho propio, debe responder de los daños que cause con esa actividad, abstracción hecha de toda idea de culpa: *Ubi emolumentum, ibi onus*.

Josserand dice a este respecto: "Aunque no se haya cometido culpa ninguna, es de justicia indemnizar a la víctima; el que pone en acción fuerzas temibles en su provecho e interés, debe asumir las consecuencias de su iniciativa. Entre la víctima (sujeto pasivo) y el que ha creado el riesgo la lucha no es igual; cuando se crea un riesgo que luego se realiza, quien lo creó debe aceptar sus consecuencias. El poder, el provecho y la dirección llevan en sí la idea de responsabilidad".

Insignes tratadistas han impugnado la teoría de la responsabilidad objetiva. Veamos algunos de sus conceptos.

Colin y Capitan muestra su disconformidad con esta teoría en los siguientes términos: "Rechazamos el principio de la responsabilidad sin culpa porque traería consecuencias peligrosas e injustas. Conduciría nada menos que a matar toda iniciativa, a suprimir la concepción individualista del derecho civil, que es su fundamento mismo. No hay que sacrificar la producción, ni por lo tanto, la actividad humana, fuente de toda producción..... No se puede llegar hasta declarar al hombre responsable siempre de las consecuencias de sus actos, hasta hacer de cada ciudadano el asegurador del público contra las consecuencias dañosas para otro de los actos que realiza, aunque no quepa imputarle imprudencia alguna. Puede decirse que depende del hombre el no obrar? Nó, seguramente. La necesidad de la acción es de por sí una especie de fuerza mayor que, cuando no existe culpa alguna demostrada a su cargo, debe producir su completa liberación".

Y, el profesor Jorge Ripert al combatir esta teoría dice que es la víctima y no el autor del hecho dañoso quien debe soportar las consecuencias de éste: "la elección ha sido hecha, dice, por la fuerza obscura del destino; la víctima está elegida". Los hermanos Mazeaud, como el anterior, dan el siguiente concepto determinista que a continuación copiamos: "Cómo el que obra sin negligencia, ni imprudencia, que se ha portado como hombre prudente y cuidadoso puede ver comprometida su responsabilidad? Si su actividad ha causado un daño, no hay allí más que el hecho de la casualidad. La casualidad ha querido que el perjuicio lo soporte una persona. Por qué invertir esta situación de hecho, cuando el autor y la víctima son tan interesantes el uno como el otro, cuando la conducta del uno es irreprochable como la del otro?"

Esta concepción fatalista para desligar al autor del daño es inadmisibile. El derecho reposa sobre la base de que el hombre es responsable de sus actos, y por consiguiente, quien ha cometido un hecho dañoso no puede colocarse tras una concepción fatalista o determinista del mundo, para desligarse de las consecuencias de su acto: el que ha causado un daño debe repararlo.

El desarrollo cultural y social de la época moderna ha ido cambiando el criterio de la responsabilidad subjetiva, y dando paso, tanto a través de las legislaciones como de la jurisprudencia, a la responsabilidad objetiva. El desarrollo de los fenómenos económicos y sociales han sido la base para tal transformación: el desarrollo de los medios de locomoción y transporte, las calderas de

vapor, los motores de explosión interna, la electricidad aplicada han traído el aumento de accidentes de trabajo y por consiguiente el de los conflictos sociales.

Son innumerables las sentencias dictadas por los Tribunales y Juzgados que nos muestran hasta donde ha sido aceptada la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva. Tanto la Jurisprudencia francesa como la nuestra y la de casi todos los países, han sido vivamente influenciadas por las nuevas concepciones del derecho en materia de responsabilidad. Como adelante veremos, el individualismo jurídico va siendo reemplazado por una concepción socializante del derecho.

Copiamos a continuación algunas decisiones que hacen referencia a la materia que nos ocupa, por parecernos demasiado interesantes:

Del propietario de un ascensor por los accidentes causados por ese objeto;

Del conductor de un camión por haberlo dejado estacionado y sin luces a la orilla de un camino, y con el cual se chocó otro.

De una compañía de ferrocarriles por los daños causados a los propietarios ribereños de la vía, por un incendio provocado por las chispas que se escapan de la locomotora;

Y, muy especial, citamos la sentencia proferida por el juzgado 4o. en lo civil de Medellín, de siete de septiembre de mil novecientos veinticinco, por haber iniciado ella la jurisprudencia en Antioquia sobre la responsabilidad civil: Dicho juzgado condenó al municipio de Medellín a pagar la suma de \$ 3.500 al cónyuge supérstite como indemnización por la muerte sufrida por su marido a consecuencia de una alambrada electrizada por un cable del tranvía que vino sobre ella a consecuencia de una tempestad.

Las legislaciones también han sido notablemente influenciadas por la teoría del riesgo. Citemos algunas de ellas:

Una ley suiza, de 28 de marzo de 1905, hace a las compañías de ferrocarriles y barcos de vapor, responsables del daño que resulte si una persona es muerta o herida en el curso de la explotación, de la construcción o de los trabajos accesorios, a menos que pruebe la fuerza mayor.

Una ley alemana, de 3 de mayo de 1909, sobre circulación de automóviles, hace responsable al propietario o al conductor de un automóvil, del daño causado a una persona, sin más excepciones que la fuerza mayor y la falta de la víctima o de un tercero.

Otra muy moderna sobre accidentes de automóvil, promulgada en Suiza en 1932, que dice: "Si a consecuencia del empleo de un vehículo automovilario, resultare muerta o herida alguna persona o se causare algún daño, el dueño será civilmente responsable. Quedará liberado de la responsabilidad civil cuando pruebe que el daño es debido a fuerza mayor o a culpa grave del perjudicado o de un tercero, sin que ni él, ni las personas por quienes responda, hayan cometido falta alguna. Si la falta exigible al dueño, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso".

Del contenido de esta ley podemos deducir, que el sólo empleo del vehículo acarrea a su dueño responsabilidad civil por los daños que con él pueda causar sin que sea preciso investigar si hubo o no culpa de su parte, con las solas excepciones de culpa grave de la víctima o de un tercero, o bien que el daño se haya ocasionado por fuerza mayor.

Entre nosotros tenemos la Ley 57 de 1915 que vino a reconocer en su texto, en concepto de algunos expositores, la teoría del riesgo creado, estableciendo en favor del obrero una indemnización por los accidentes de trabajo.

Una ley, en Francia, de 1924, da responsabilidad de pleno derecho a las empresas aéreas por los daños causados a las personas o a las cosas situadas sobre la superficie, responsabilidad que reposa únicamente sobre la noción del riesgo creado, sin que haya necesidad de investigar si hubo o no culpa.

Nos parece del caso citar las palabras del senador doctor Odilio Vargas, sobre la teoría del riesgo, en el debate sobre indemnización a las víctimas del siniestro aéreo del 24 de julio de 1938. Estas palabras fueron originadas por cuanto en el proyecto se discutía si era un "auxilio" o una "Indemnización" la que correspondía a las víctimas del siniestro:

"Las circunstancias mismas de las fórmulas empleadas ya por el gobierno como por la comisión, están diciendo que es algo más que un auxilio, que es una indemnización lo que quiere el gobierno, y que es la que debe recoger el parlamento..... Por qué no consignamos la palabra indemnización? Por qué atacamos esa pa-

labra? Es acaso, porque según el H. senador Vizcaino, le estamos atribuyendo culpa al Estado? Por qué acogemos ese concepto de culpa en la responsabilidad del Estado? Es porque nosotros los abogados no hemos roto la escuela clásica y tradicionalista que informó el criterio universitario en que nos educamos. El concepto tradicionalista es el de que la responsabilidad se origina sólo cuando hay culpa o delito. Pero la doctrina y las legislaciones modernas han evolucionado en el concepto de responsabilidad..... Dentro de esa formación jurídica, que nos han dado, y que se nos viene dando, la culpa, lo mismo que el delito, es la única que da origen a indemnización de perjuicios. Pero la jurisprudencia ha dado el primer paso en la evolución del derecho".

"La jurisprudencia, que es la mejor revolucionadora del derecho para dar, como con razón se ha dicho, movilidad a la inmovilidad de los preceptos legislativos, ha sentado y todas las legislaciones modernas han venido acogéndolo, que la evolución del concepto de la responsabilidad que antes se colocaba desde el punto de vista subjetivo, se ha cambiado en objetivo al consignar lo que se llama la teoría del "riesgo creado". Así la responsabilidad se sitúa en el punto de vista del hecho y no del sujeto..... El estado en la revista militar del domingo, nos colocó en un riesgo y debe responder de él. Es, pues, indiscutible, que si en ese riesgo nos ha colocado, debe ser él quien indemnice a las víctimas sin que ello implique culpa. La responsabilidad por razón de ese riesgo es indiscutible y si hay responsabilidad no tenemos por qué tenerle miedo a la palabra indemnización..... De manera que responsabilidad sin culpa no son conceptos que se excluyen el uno al otro. No es posible que el concepto jurídico moderno vaya a escapar a una activa intervención social, pues la teoría se ha establecido precisamente como defensa del débil".

Por noticias de la prensa hemos sabido que el juzgado ante el cual se demandó la indemnización por la muerte del teniente Abadía, fue negada. Parece que el aviador Abadía fue víctima de un accidente aéreo ocurrido por su culpa, ya que el hecho acaeció por infracciones al reglamento de la escuela de aviación aérea en Colombia, volando a una altura que los mismos reglamentos prohíben. Demostrada **plenamente** la culpabilidad del aviador podría la nación liberarse de la responsabilidad. Si no se ha demostrado plenamente, tendría lugar el Art. 2357 del C. C.: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha

sufrido se expuso a él imprudentemente". En esta materia tan delicada es indispensable tener en cuenta una multitud de factores que deben obrar en el expediente para poder dictar un fallo conforme con la justicia y equidad, razón por la cual nos abstenemos de emitir más conceptos en esta primera parte del problema a que venimos aludiendo.

La segunda parte de este problema consiste en la responsabilidad en que incurrió el Estado para obligarse a indemnizar a los expectadores, víctimas del siniestro aéreo. En este particular, sí parece resaltar la teoría del riesgo creado de una manera limpia y con meridiana claridad. Demostrada o nó la culpa por parte del aviador Abadía, la nación debe indemnizar a las personas lesionadas por causa del accidente. Si fue un acto de indisciplina, como se ha dicho, por parte del aviador, esas víctimas inocentes que sólo se preocupaban por admirar el poderío y grandeza de nuestra patria no deben ser el punto débil donde vengan a ponerse tan fatales consecuencias. Además, de conformidad con el Art. 15 de nuestra constitución nacional, que dice: "Las autoridades de la república están instituidas para proteger todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Los deberes y las obligaciones son términos correlativos, y así se dice que no hay deberes sin obligaciones e inversamente. Si nuestro deber es respetar la vida y propiedad de los demás, tenemos la obligación de no matar, de no apropiarnos lo que a otros pertenece. La palabra "**deberes sociales**" no la entendemos en el sentido de caridad y beneficencia únicamente, sino que es preciso valorarla con el criterio moderno de equidad y justicia que informa nuestra legislación. Equidad y justicia son las bases sobre que está cimentada la teoría del riesgo creado.

En la jurisprudencia francesa, a pesar de que el estatuto civil impone responsabilidad al institutor, como adelante lo veremos, por los daños causados por los alumnos que están bajo su vigilancia, se ha establecido que el Estado se subroga en la responsabilidad, por cuanto el institutor es un representante del Estado. Análogamente, y para el caso que estudiamos, podemos afirmar que la armada aérea, como todas las fuerzas que defienden la soberanía, son la representación de la nación, y no sólo esto, sino que son la encarnación viva de la patria. Por lo tanto debemos concluir que la nación es responsable por los daños causados a los

particulares por los miembros de su armada en ejercicio de sus funciones.

Antes de terminar lo concerniente a la teoría del riesgo, insertamos a continuación parte del informe rendido por la comisión que estudió el proyecto de ley "reformativa del código Penal y el de procedimiento":

".....la conservación del orden jurídico es fuente de obligaciones para todos los habitantes de un país, y de derechos para el Estado. De obligaciones, porque todos deben hacer lo que, en conformidad con sus actividades, tienda al beneficio social y a abstenerse de hacer lo que pueda causar perjuicios; de derechos, porque al Estado corresponde la facultad de prevenir y sancionar las acciones nocivas al orden social"; y agrega más adelante: "Puede existir la responsabilidad civil, cuando la acción que causó el daño no es culposa? Hasta hoy la obligación de indemnizar, nacida de un hecho que ha causado daño a otro, no se consideraba existente, si no tenía por fundamento una acción delictuosa o culposa. Pero ese principio ha sido sustituido por este otro: todo el que crea un riesgo, es responsable de los daños causados por él. Los partidarios de esta teoría no consideran al autor del daño, sino a la víctima. Nada importa que haya habido o no culpa: el daño existe, y esto basta para decretar la indemnización.... Nuestras leyes civiles no se han ocupado de la responsabilidad por accidentes causados con cosas inanimadas, por que cuando aquéllas fueron dictadas, no existían las máquinas que han transformado las industrias y la agricultura, y que han cambiado totalmente los medios de transporte. Estas máquinas poseen, según expresión de algún autor, "un dinamismo propio", y algunas bien merecen el nombre de "bestias humanas". La culpa humana—se dice—ha desaparecido delante del hecho de las máquinas".

Como se vé, ya nuestros legisladores empiezan a inquietarse en tan delicada materia, y tratan de colocarse al menos a la altura de la Jurisprudencia, que aquí como en Francia ha interpretado con mayor amplitud las disposiciones de la ley civil, que interpretada textualmente, sería un absurdo su aplicabilidad para satisfacer las necesidades de los tiempos presentes.

Fundando la responsabilidad en la culpa se tiene una base demasiado estrecha, la cual debe ensancharse de acuerdo con la evolución social, ya que ésta hace sentir la necesidad de introducir en esa parte del derecho más justicia, más seguridad y mayor

practicidad. Fundando la responsabilidad, no en la culpa, sino en el riesgo creado, se tiene la ventaja, como ya lo vimos atrás, de evitar un análisis tan difícil de la conducta o de la intención del autor del daño; se protege de manera más eficaz los intereses de los coasociados, y se da a los hombres una conciencia más clara y más precisa de la solidaridad que los une.

Las leyes sobre el trabajo han dado razón a los defensores de la teoría del riesgo; ya hoy se aspira al triunfo de esta tesis en otros campos de la actividad humana. En especial, en lo que va corrido del presente siglo, la teoría del riesgo ha avanzado mucho y se ha hecho ostensible en dos materias: en los daños causados por inmuebles y en los accidentes de trabajo, como lo demuestran las sentencias de los Tribunales.

La cuestión de responsabilidad se encuentra hoy en pleno movimiento; en todos los países existen análogas inquietudes; mientras el derecho común basa la responsabilidad en la culpa, las leyes consagran disposiciones especiales para la reparación sin tener en cuenta la culpa.

TEORIA DE LAS PRESUNCIONES

Esta consiste en un desplazamiento de la carga de la prueba, desplazamiento en favor de la víctima y en contra del autor del daño. Si éste quiere descargarse tendrá que probar que no tuvo culpa o que no existe la relación de causalidad.

En materia de pruebas la carga de ésta corresponde al demandante: "actori incumbi probatio", y al demandado cuando excepciona, pues, en tal caso se hace de igual condición que el demandante: "reus in exceptione actor est". Estos principios los encontramos en el Art. 1757 del C. C.: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas".

Dichas presunciones pueden ser de derecho (juris et de jure) y entonces no admiten prueba en contrario. Tal la que consagra el Art. 2354 del C. C. que dice: "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído" (a. 66 C. C. y 660 C. J.).

O son legales, y entonces admiten prueba en contrario. Como ejemplo podemos dar la establecida en el Art. 2346 del C. C. que

presume responsables, por negligencia, a las personas de que dependen los menores de diez años y los dementes. (A. 66, 1768 C. C. y 661 C. J.).

Pueden ser también simples o judiciales y entonces se dejan al arbitrio del juez; esta arbitrariedad del juez no es absoluta, pues, ellas deben ser graves, precisas y concordantes. Esta gravedad, esta precisión y esta concordancia sitúan al Juez en el campo de la sana crítica para apreciar y valorar dichas presunciones, como acontece en el avalúo por peritos cuyo dictamen no es uniforme. (A. 1768 C. C. 664, 721 y 723 C. J.).

Como adelante veremos, esta prueba es distinta según se trate de materia contractual o extracontractual; bástenos decir por el momento que en la primera la culpa se presume, y en la segunda debe ser probada por el demandante, que en este caso es la víctima.

Por lo visto tenemos que el Código consagra, en favor de la víctima, ciertas presunciones de culpabilidad, como acontece con la presunción establecida por el Art. 2351 C. C. que presume responsable al empresario cuando el daño causado por la ruina del edificio es proveniente de un vicio de construcción, o por vicio del suelo que en razón de su oficio ha debido conocer, o por vicio de los materiales que él mismo ha suministrado. (No. 3o. a. 2060 C. C.). Los diez años de que habla la regla tercera del Art. 2060, indican el término de la responsabilidad, pues la prescripción sólo empieza a correr después de ocurrido el hecho.

Se ha preguntado si ejercitando un derecho puede haber culpa, y por consiguiente, si el ejercitante de un derecho consagrado por la ley puede ser obligado a indemnizar por el daño causado a un tercero.

Los actos que el individuo ejecuta, pueden ser conformes o contrarios a la ley. En el segundo caso, es claro que, siendo la ley norma reguladora de las actividades humanas, deba sancionar tales actos, que por tanto son ilícitos, obligando al autor de tal acto a reparar los daños y perjuicios ocasionados a terceros. La ley se da para la seguridad y estabilidad de los bienes patrimoniales, y para proteger a los individuos en sus vidas y honras, en su integridad personal. En el primer caso, el asunto ha sido muy discutido, y dado origen a la teoría del abuso del derecho.

Cada cual puede ejercitar libremente su derecho. "Fecit sed que en el ejercicio de un derecho haya abuso. Este es el principio sostenido por la teoría individualista.

La noción de culpa se ha extendido hasta el punto de llegar a admitirse que pueda tener lugar en ejercicio de un derecho, por niente o en cierto objeto, puede perjudicar a terceros.

En roma existía el principio "sumun jus summa injuria", principio que fue demolido por el individualismo jurídico que consideró al hombre en sí y por sí, eclipsando aquel sabio principio romano. Más tarde, este absolutismo, que fue de poca duración, ha sido desplazado por la teoría de la relatividad de los derechos. La Jurisprudencia bajo la presión de necesidades prácticas y para la mejor armonía de los intereses económico-sociales volvió por la relatividad de los derechos.

"Fácilmente se cree que ejercitando un derecho no se incurra en responsabilidad delictual; que usando de una prerrogativa jurídica no se cometería ningún delito o culpa; lo que es lícito por definición no puede tender al delito, es decir, a lo ilícito. Este postulado de los derechos absolutos es social y jurídicamente inadmisibles. Los derechos subjetivos, productos sociales, concedidos por la sociedad no nos son atribuidos abstractamente, sino para usar de ellos de manera discrecional. Cada derecho tiene su razón de ser, su misión que cumplir, ha escrito Josserand".

El mismo autor agrega más adelante: "Los derechos se realizan no en la vida absoluta sino en un medio social. Así tenemos la moralización, la humanización del derecho; la justicia deja de ser teórica y formal; se vacía del contenido de sus palabras y fórmulas para llegar a ser funcional".

El C. C. nuestro, consagra la teoría del abuso del derecho en ciertos artículos. Así el Art. 669 dice: "El dominio (que también se llama propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

De tal suerte que el abuso arbitrario de que habla nuestro código, no es absoluto, ya que tiene como limitaciones la ley y el derecho de los demás.

Por otra parte, el Art. 26 de nuestra constitución actual, dice que la propiedad es una función social que impone obligaciones, y que puede expropiarse por motivos de utilidad pública o de interés social previa indemnización, o sin ella por razones de equidad, a juicio del legislador.

En desarrollo de este principio constitucional fue expedida la ley 200 de 1936 "sobre régimen de tierras". Esta ley impone al propietario de terrenos la obligación de trabajarlos so pena de ser declarados como baldíos, y volver así a poder de la Nación. Naturalmente que esa reversión en favor del Estado no quedó así de una manera absoluta; la misma ley en muchos casos de sus artículos establece varias excepciones en que no tiene lugar la reversión por el hecho de no trabajarlas: obliga la conservación de bosques de cierta especie y calidad considerándolos como riqueza pública; prohíbe la tala de bosques en las vecindades de aguas corrientes; señala y determina cierta cabida, y excluye los predios urbanos, etc., etc. Esta ley fue rudamente combatida, con un exagerado celo por el derecho de propiedad; en el Senado se le introdujeron tantas reformas al proyecto original que lo desfiguraron completamente, hasta quedar en una ley que es, en nuestro concepto, inócua e inoperante, que no corresponde al pensamiento jurídico que inspiró a sus proponentes. El proyecto original pudo haber sufrido algunas reformas más en lo adjetivo que en lo substancial.

El Art. 1002 de nuestro C. C., dice: "Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos". Existiendo el derecho absoluto de propiedad, bien se pudiera ejecutar cuanto uno quisiera en lo que es de su pertenencia. Presenta este Art. una verdadera colisión de derechos en que el menor o de utilidad más pequeña cede su campo al de utilidad mayor. De igual manera puede sostenerse que la servidumbre de medianería, según la cual el dueño del predio contiguo tendrá derecho a hacer medianera en todo o en parte, la cerca o pared divisoria de dos predios contiguos, **aún sin el consentimiento de su vecino.** (Art. 912 C. C.), es otra limitación al derecho de dominio.

También tenemos que nuestro código consagra la acción rescisoria por lesión enorme (a. 1946, 1947 C. C.). Existiendo el derecho libre de contratar, y suponiendo capacidad por parte de los

contratantes no habría porqué establecer estas excepciones; más con esta ley lo que ha querido es no permitir el abuso económico. Dicho sea de paso que en Francia existe la lesión enorme únicamente en favor del vendedor; en otras partes en favor del comprador; y, entre nosotros existe en favor de ambos. Esta acción rescisoria sólo puede tener lugar en la venta de bienes inmuebles, ni en las que se hubieren hecho con ministerio de la justicia". Parece que esta excepción fue hecha en los bienes muebles por la naturaleza misma de esta clase de bienes y para la mayor celeridad del comercio y de las transacciones en general. En un principio, cuando los bienes muebles ocupaban un plano tan reducido en comparación de los inmuebles, pudo haberse establecido esta excepción; pero hoy día, cuando la riqueza mueble supera en mucho a la inmueble, no vemos ninguna dificultad para que hoy pudiera establecerse, con ligeras excepciones, en dicha clase de bienes.

Encontramos también una limitación al abuso del derecho en la reducción de intereses; hay el interés legal en civil y el interés corriente en comercial, y quien sobrepase dichas limitaciones está abusando del derecho de contratar.

Nuestro nuevo código penal erige en delito la destrucción de materias primas o de ciertos productos con perjuicio de la riqueza del país o de los consumidores. Así el Art. 276 de la ley 95 de 1936, dice: "El que destruya materias primas o productos agrícolas o industriales o instrumentos de producción, causando un grave perjuicio a la riqueza del país o a los consumidores, incurrirá en prisión de seis meses a dos años y en multa de ciento a tres mil pesos". (Ver también Art. 75 de la misma obra).

Por lo hasta aquí visto podemos deducir que hay bases más que suficientes para sostener con argumentos legales la teoría del abuso del derecho, lo cual fuera de traer una conveniencia social, trae una conveniencia jurídica de alta importancia.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Generalidades.—En nuestro código civil no se encuentra ninguna definición de lo que se entiende por obligación. Etimológicamente la palabra obligación viene del latín **obligare** que significa estar ligado; en el lenguaje común se toma dicha palabra por **deuda**.

Como definición, me parece aceptable la que da el doctor Barros Errázuriz en su tratado de derecho civil: "Un vínculo de derecho entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una parte queda ligada, para dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas", definición, que en nuestro código corresponde a la que da el Art. 1495 sobre lo que es contrato o convención. "Se dice **vínculo**,—agrega el mismo autor—, por establecer una relación entre dos o más personas, limitando la libertad de la una en favor de la otra. Por falta de ese vínculo la obligación es nula bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga. De **de-recho**, porque aquí no se trata de deberes morales o de simple conciencia, sino de relaciones jurídicas perfectas, respecto de las cuales tiene ordinariamente cabida la coacción externa. Son indispensables **dos o más personas** porque de otro modo sería imposible la relación o vínculo. Esas personas deben ser **determinadas**, y en esto consiste la diferencia específica entre el sujeto pasivo de un derecho personal y el de un derecho real, pues el primero es siempre una determinada persona, mientras que el segundo lo constituye la generalidad de las personas, que deben respetar el derecho del propietario, absteniéndose de toda perturbación en su contra".

Como fuentes de las obligaciones en nuestro código civil encontramos las que da el Art. 1494, y las de la ley 57 de 1887. El Art. 1494 dice: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido daño o injuria a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". El Art. 34 de la ley 57 de 1887, ya copiado, al hablar de culpa clasifica las obligaciones que se contraen sin convención, que dan lugar a prestaciones, ya se llamen cuasicontratos, delitos o cuasidelitos.

Puede decirse que la ley es la única fuente de las obligaciones, porque si ella no las crea sí las reconoce y sanciona, determinando todas las relaciones de derecho positivo. Así el Art. 1602 dice: "Todo contrato legalmente celebrado es **una ley para los contratantes**, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

El Art. 1495 de nuestro C. C. define el contrato en los siguientes términos: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Entre los términos **contrato y convención**, rigurosamente hablando, existen diferencias, a pesar de que nuestro código asimila una a otra. Contrato es un término más restringido y se refiere más especialmente a la convención que crea obligaciones. Convención es un término más amplio, y significa toda relación jurídica consistente en un acuerdo de voluntades, y que puede tener por objeto crear, modificar o extinguir derechos. La convención es género y el contrato es especie; así todo contrato es convención pero no a la inversa.

Para que una persona pueda obligarse válidamente, es necesario: Que sea legalmente capaz; que consienta y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga causa lícita (A. 1502 C. C.). Si faltare alguna de estas condiciones, la obligación contractual no produce ningún efecto jurídico. Es de especial importancia el consentimiento, porque la generalidad de los contratos se perfeccionan consensualmente; por excepción, requieren ciertas formalidades y entonces son solemnes, o la entrega de la cosa y entonces se llaman reales (A. 1500 C. C.).

CULPA CONTRACTUAL Y CULPA EXTRA CONTRACTUAL

Dejamos atrás establecido lo que debe entenderse por culpa. Réstanos ahora hablar de las características que diferencia a cada una de ellas. Estas diferencias son más bien de orden legislativo, pues, filosóficamente hablando, no hay ninguna diferencia ya que la culpa es un mero concepto único.

Entre la culpa contractual y la excontractual hay tres diferencias, anotadas por el doctor A. Alessandri:

a). "La culpa contractual incide en el cumplimiento de una obligación y supone un vínculo jurídico que ha sido violado por el deudor; la extracontractual no supone vínculo jurídico alguno, y es el hecho culpable el que va a generar el vínculo jurídico, dando derecho al perjudicado para exigir la correspondiente indemnización, y obligar al autor a pagarla".

A esta primera diferencia acotada por el doctor Alessandri pudiera hacerse alguna observación. Las obligaciones no nacen

sólo de los contratos, sino que también nacen de la ley, y entonces no habría tal diferencia puesto que el vínculo anterior viene a ser ley, como pasa por ejemplo en la obligación que todos tenemos de respetar a las demás personas y a sus cosas. Mas bien la diferencia que aquí pudiera presentarse es en lo referente a la indemnización, porque en la responsabilidad por culpa hay una verdadera novación. En cuanto al punto de vista contractual no se presenta la novación dicha, para comprobar lo cual basta con leer el Art. 1546 del C. C., según el cual puede seguir subsistente la obligación contractual, y puede pedir la indemnización de perjuicios (anotaciones del doctor B. Echeverri).

b). "La delictual no admite graduaciones. Cuando un individuo ha cometido un delito o un cuasidelito no se va a estudiar que clase de culpa corresponde. En la contractual la responsabilidad admite graduaciones, porque depende de la naturaleza del contrato y de la voluntad de las partes".

Nuestro C. C. trae las clases de culpa para el obligado en materia civil en su Art. 63. Esta puede ser grave, leve y levísima. Esta gradación hace relación no al concepto de culpa propiamente, sino a la responsabilidad, ya que según el mismo código, ésta se tiene según el contrato a que se haga referencia, y por consiguiente debemos convenir que ello se refiere sólo a la extensión de la responsabilidad. Así el Art. 1604 dice: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio".

c). "La mayor diferencia está en que la culpa delictual debe ser probada por el acreedor, la contractual se presume".

Siendo la culpa el fundamento de la responsabilidad, la víctima que ha sufrido el daño, debe probar la existencia del hecho dañoso y las demás condiciones que este requiere, como adelante veremos, para que el autor sea obligado a repararlo. Tratándose de culpa contractual, basta con que el acreedor demuestre la existencia de la obligación, y si ésta no se ha cumplido, la ley presume que es por culpa del deudor, quien deberá probar que el incumplimiento se debe a causas ajenas a su voluntad. Así el Art. 1604 inc. 3o. dice: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega".

Sin embargo, podemos agregar, que hay casos en que tanto la una como la otra se presumen como el que nos da el Art. 2354 C. C.

Además de estas diferencias anotadas pudiera anotarse la que trae el Art. 1616 del C. C.: "Si no se puede imputar **dolo** al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo es responsable de todos los perjuicios.....". Podríamos aplicar este ejemplo a quien confiando en la entrega de unas mercancías para determinada fecha, contrató con un tercero, negocio del cual reportaba cierta utilidad, pero que dejó de percibir por no haber llegado las mercancías en el término estipulado. Si hubo dolo responderá de todos los perjuicios que ocasionó por el incumplimiento de su obligación; si no lo hubo sólo responderá de los que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.

Planiol ha negado la diferencia que existe entre la culpa contractual y la excontractual, diciendo que una falta o culpa es siempre un acto ilícito, puesto que ella es siempre la violación del derecho de otro.

Transcribimos a continuación los conceptos del jurisconsulto H. Lalou, sobre este particular: "El derecho de otro puede resultar de un contrato, de la ley o de principios de justicia; en el primer caso la culpa es contractual y en el segundo delictual o cuasidelictual. La contractual supone: 1o.) Un contrato; 2o.) Que sea válido; 3o.) Que el daño o perjuicio sea el resultado de la inejecución del contrato. Si el contrato es nulo absolutamente, no hay

Y, más adelante agrega: "La diferencia de las dos culpas, cambia de aspecto, pues tiene valor mientras esa nulidad no haya sido pronunciada a petición de los interesados".

Y, mas adelante agrega: "La diferencia de las dos culpas, desde el punto de vista de sus consecuencias, se reduce a excluir de la reparación de daños imprevistos en materia contractual; en la falta delictual es obligado a los imprevistos".

Se ha pretendido rechazar, o desplazar la responsabilidad delictual tan poco favorable a la víctima, para dar cabida, en lugar de aquélla, a la responsabilidad contractual. Así el empresario de transportes que ha causado daño al pasajero, es responsable no delictualmente sino contractualmente; lo mismo puede decirse en el arrendamiento de servicios. Tanto el empresario de transportes como el patrón se han obligado contractualmente para con la víctima a devolverlo sano y salvo.

A este respecto, Josserand se expresa así: "Cuando un accidente sobreviene con ocasión de un contrato y en el curso de su ejecución, se trata de saber si la víctima puede reclamar por el incumplimiento de ese contrato y pretender que el daño que le ha sido causado coincide con la inejecución de una obligación de seguridad que se había contraído para con él, tácitamente sin duda, pero necesariamente por la otra parte. La jurisprudencia es más y más amplia todos los días en interpretar subentendidos muchos contratos que no ha considerado que los contratantes hayan dejado a una eventualidad".

A pesar de todos los esfuerzos que sus defensores han hecho para sustentarla, no ha sido aceptada por la jurisprudencia francesa, y ha perdido su importancia y su interés práctico con motivo de las leyes especiales que regulan esta clase de materias: accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, etc., etc., que, como lo hemos visto, consagran la teoría del riesgo creado.

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Nuestro código civil asimila la fuerza mayor y el caso fortuito. Así el Art. 64 dice: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

La fuerza mayor y el caso fortuito corresponden, pues, en nuestro código al mismo concepto; pero debemos tener presente que uno y otro se diferencian entre sí.

Josserand, las diferencia de la siguiente manera: "La fuerza mayor tiene un carácter de exteriorización al círculo en que los dos contratantes se han obligado; y caso fortuito el suceso anónimo que se produce en el interior del círculo obligatorio. Así, la fuerza mayor sería: Tempestad, inundación, etc., y caso fortuito: la ruptura de una biela, el estallido de una caldera, o mejor, de una manera general las averías del material".

Naturalmente que estas diferencias no pueden exagerarse demasiado. La fuerza mayor puede tener algo de culpa y entonces pierde su valor exoneratorio, pero la prueba incumbe al que la alega. El caso fortuito, puede a la vez asimilarse a la fuerza mayor, H. Lalou, sobre este particular: "El derecho de otro puede resultar probando el autor o presunto autor que el hecho ha sido determi-

nado por una causa exterior, como por ejemplo, que el incendio fue ocasionado por un rayo o por mano criminal.

El profesor H. Lalou, dice: "La fuerza mayor y el caso fortuito son sinónimos en la práctica. Teóricamente, la fuerza mayor sería el suceso invencible que resulta de una fuerza extraña como la tempestad, el rayo, el terremoto, mientras que el caso fortuito sería simplemente el obstáculo interno y que no es sino relativamente invencible".

De acuerdo con estas definiciones podríamos citar como ejemplos los siguientes: cae un rayo sobre el carro en que me he obligado a la conducción y lo destruye, sería fuerza mayor; y sería fortuito cuando por la ruptura de una llanta no puedo verificar tal conducción, lo cual pudo ser previsible.

Podemos desde luego sentar como principio que hay casos fortuitos que no corresponden a la fuerza mayor, y por consiguiente, debe existir una responsabilidad, aun cuando en nuestra legislación dichos términos sean sinónimos.

Exige la ley, para este caso, dos condiciones, a saber: que el hecho sea **imprevisto**, lo cual es diferente a imprevisible, ya que lo primero puede ocurrir por ignorancia, negligencia, y lo segundo no. Pero ocurre hoy día que la mayor parte de los sucesos son previsible, como acontece con los fenómenos atmosféricos. En cuanto a la técnica industrial, la previsión debe llegar al extremo, caso éste en el cual la existencia de la imprevisibilidad es casi imposible, quedando a muy reducidos y excepcionales los casos de fuerza mayor. Igualmente podría decirse de una tormenta que imposibilita la navegación, la cual perdería el nombre de fuerza mayor, si acaeció por negligencia, por falta de estudio, ya que todo esto pudo preverse. Es preciso además que la obligación no pueda satisfacerse por otros medios; en el caso, por ejemplo, de la sequía del río Magdalena, tenemos que ella es previsible por el verano mismo, de lo cual resulta que es mala aplicación decir que es fuerza mayor, que no se puede resistir; (el C. C. agrega:.... a que no es posible resistir), la cual debe ser tenida en cuenta por la compañía al hacer el contrato de transportes. Igual cosa podría decirse de la huelga de los braceros, mas no siempre, por cuanto ella puede ser previsible en ciertos casos, o por culpa de los patronos que han incurrido en la violación de un contrato de trabajo. Pero aún descartando la culpa del patrón o empresario, hay que ver si ella es general y de tal manera que haga imposible el

transporte de las mercancías de Barranquilla a Medellín, por ejemplo. Pero, si en estos casos ocurre que existe otra vía diferente, la fuerza mayor pierde una de sus características y entonces hay obligación de cumplir el contrato de transportes.

Esta misma tesis podemos aplicarla al caso del naufragio; por lo tanto podemos decir que no siempre se debe a fuerza mayor, y al respecto veamos algunos ejemplos: un naviero contrata el transporte de mercancías y al cumplirlo se presenta un naufragio por un defecto de la embarcación. Tal defecto pudo no haberse previsto, y sin embargo puede atribuirse a descuido de las autoridades portuarias encargadas de la revisión de las máquinas antes de salir, o bien, pudo haberse hecho tal revisión de una manera deficiente, de tal manera que al presentarse la tempestad no hubo la resistencia suficiente por lo cual fue preciso arrojar las mercancías al agua. Siendo, pues, por defecto de la embarcación, no hay fuerza mayor a pesar de la tempestad sobrevenida.

Un terremoto puede ser hoy perfectamente previsible, mas entre nosotros ello no es así en lo general, y en los casos en que esto ocurra, será siempre fuerza mayor. Lo mismo puede decirse del apresamiento de enemigos.

Los autos de autoridad pueden ser judiciales o administrativos. Así, un individuo contrata el suministro de materiales a cierto precio, y cuando aún no se ha cumplido el contrato aparece un acuerdo municipal que establece determinados gravámenes a esos contratos como negocio, con lo cual se hace demasiado gravoso su cumplimiento. No existe en este caso ninguna relación con el caso fortuito o la fuerza mayor, ya que la facultad de las autoridades en este sentido, deben siempre considerarse como circunstancias normales. Si aquello quiere alegarse debe existir primeramente una imposibilidad absoluta, y además que ello no sea previsto.

El incendio es en la mayoría de los casos un hecho consecuencial de la actividad humana por falta de diligencia o cuidado; de esto se desprende que no siempre es fuerza mayor, salvo que sea originado por un rayo. Pero aún en este último caso no podrá alegarse en su totalidad la fuerza mayor si hubo negligencia en hacer cesar los efectos producidos. Cuando el incendio ha sido causa de fuerza mayor, hay que distinguir o averiguar el origen para saber de qué se trata en realidad, lo cual se aclara, por ejemplo, con la exigencia que la ley hace al inquilino, de que presente

pruebas suficientes que acrediten que él no ha incurrido en culpa alguna. En virtud de esto último parece que hubiera contradicción con el principio de pruebas por exigirse la demostración de hechos negativos; pero, bien puede observarse que aun cuando en cierta forma se trata de un hecho negativo, no es de carácter indefinido, y se resuelve en la demostración de un hecho positivo, cual es el de probar que la culpa estuvo por otra parte, diferente a su persona.

Hay muchos otros casos en que podría alegarse fuerza mayor para exonerarse de la responsabilidad. Entre otros podemos enumerar la guerra y los disturbios políticos, los cuales no siempre eximen de responsabilidad, por lo cual hay necesidad de estudiar cada caso en particular para poder deducir la existencia de aquella.

Hasta aquí hemos estudiado la fuerza mayor como eximente de responsabilidad. Vamos a ocuparnos en seguida de la culpa de la víctima como exoneratoria de responsabilidad.

CULPA DE LA VICTIMA

Según el profesor H. Lalou, es un principio cierto que la responsabilidad civil supone una relación de causa a efecto entre el perjuicio alegado y el hecho ilícito imputado al responsable, pero a pesar de ésto, no hay lugar a la acción de responsabilidad civil cuando el hecho debe ser atribuído a fuerza mayor o a falta de la víctima. De la primera ya hablamos; entremos ahora a considerar la segunda.

Cuando el agente ha tenido culpa en el acto verificado hay que ver si el que la sufre o sea la víctima, ha incurrido también en culpa. En este caso, ha dicho la Corte, la responsabilidad debe basarse en otros principios, ya que allí se presenta una neutralización de la culpa, la cual sucede cuando hay culpa tanto por parte del agente como por parte de la víctima, bien sea contractual o extracontractualmente.

El Art. 2357 de nuestro C. C. dice: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Esta reducción puede llegar hasta el punto de liberar al autor o dueño de la cosa que ha producido la lesión, cuando la culpa pueda atribuírse única y exclusivamente a la víctima. La víctima no puede pedir la reparación del daño sufrido

por su culpa. En Francia, las sentencias que deniegan la reparación a la víctima, por culpa suya, son numerosísimas.

H. Lalou niega que haya culpa de la víctima que se arroja a la cabeza de un caballo desbocado para evitar algún accidente, pero establece esta diferencia: Si el que se expuso es un particular, puede invocar la disposición legal que en nuestro código corresponde al Art. 2353; y si un agente de policía, es la sociedad la que debe la indemnización por estar en cumplimiento de un deber, pues su deber es la defensa de la sociedad. Colin y Capitan dicen a este respecto: "Exponerse a un daño para evitar aquellos que el animal podría causar a otro, no es una falta". Estos conceptos nos parecen exagerados; cualquiera puede prever fácilmente que ese acto entraña un grave peligro, aún para la vida misma, y entonces comete una gran imprudencia, lo que en términos precisos es una verdadera culpa; no existe el deber jurídico, ni la ley manda, como norma jurídica, exponerse al peligro. Existe sí, el deber moral de evitar, hasta donde sea posible, hasta donde la prudencia lo aconseje, los daños que pudiera ocasionarse en tales casos. Tendría lugar la indemnización o reparación imputándose culpa al dueño, dependiente encargado de la guarda o del que se sirve del animal, como lo dice el Art. 2353 C. C.

Sobre neutralización de la culpa, tenemos entre nosotros un caso bien conocido: el caso ocurrido entre el Banco Alemán y el señor Jesús Sierra. Se trata de saber si el Banco incurrió en culpa por negligencia u otra causa, y siendo ello así, debemos saber si también hubo culpa por parte del girador; y probada la existencia de ambas, se dice que son compensadas. En este caso pudiera decirse que el Banco tiene una responsabilidad directa, por cuanto él hacía las veces de un verdadero depositario.

La neutralización de la culpa no es aceptable en toda su integridad, por cuanto en la culpa y en la responsabilidad hay elementos subjetivos que no se pueden compensar con otra clase de culpa y responsabilidad. Por esta razón no puede presentarse totalmente la compensación aludida. Además, es preciso tener en cuenta que la división que trae el Art. 63 sobre culpa, como ya lo vimos, es según la responsabilidad que se tenga, y si la teoría antes enunciada se lleva a los extremos, resulta, que como a cada culpa corresponde una indemnización, la compensación, cuando la culpa llega a carecer de equivalencia, no podría aplicarse. Necesitando este problema una solución, es preciso recurrir al arbitrio

judicial, ya que nuestra legislación no dice nada al respecto. El magistrado apoyado en principios de equidad, dirá la responsabilidad que sea del caso; de donde resulta que los riesgos deben repartirse proporcionalmente, teniendo en cuenta la causalidad, pues si por una parte hay culpa grave o simple, el responsable tendrá una responsabilidad mayor o menor, según el caso.

Si la culpa se presenta sólo por parte de la víctima, no hay ninguna dificultad; ésta responderá de los daños y perjuicios causados.

Con lo dicho, dejamos terminada la primera parte de nuestro trabajo. En la segunda parte trataremos de la "Responsabilidad común por los delitos y las culpas" que consagra nuestro código en su Título 34.

SEGUNDA PARTE
TITULO NRO. 34 DEL C. C.

RESPONSABILIDAD COMUN POR
LOS DELITOS Y LAS CULPAS

No hay necesidad de establecer, para efectos de la responsabilidad civil, diferencia alguna entre los delitos y cuasidelitos, puesto que unos y otros dan lugar a indemnización, es decir, son fuentes de obligaciones.

Cuando el Art. 2341 del C. C. dice que el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido, se refiere tanto a los delitos y culpas que aparejan responsabilidad criminal a su autor, como también a aquellos hechos que solamente tienen carácter de delitos o culpas civiles. Así lo han entendido los tribunales y la Corte.

Dejamos atrás anotado que un hecho ilícito constituye ordinariamente a la vez delito civil y delito criminal, lo que quiere decir que hay dos acciones: una civil y otra penal. Nos parece importante colocar aquí las distintas reglas por las cuales se rige cada una de ellas:

a). La acción civil puede intentarse por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos, y también por el Ministerio Público cuando de la infracción resulten perjuicios civiles y los interesados se abstengan de hacerlo, por el usufructuario, habitador, etc., y por el mero tenedor en ausencia del dueño, Arts. 24 C. de P. P., 93 C. P., 2342 C. C.). La acción penal es pública, siempre se inicia de oficio, a menos que para proceder la ley exija petición de parte, y obliga la denuncia a todo habitante del territorio colombiano mayor de 21 años, con las excepciones del Art. 13 del C. de P. P. (Arts. 9 y 12 C. de P. P.).

b). La acción civil puede intentarse contra el obligado y sus herederos (a. 2343 C. C.). La criminal se extingue por la muerte del reo, pues, criminalmente, nadie podría ser condenado por el delito de otro.

c). La acción civil se dirige aún contra personas que no han cometido por sí mismas un acto ilícito, ya que responden de los que están bajo guarda o cuidado (2346, 2347, 2349 C. C.) La criminal sólo contra el autor, cómplice o encubridor. (Arts. 19 y 20 C. P.).

d). La acción civil puede renunciarse por mirar sólo al interés particular (a. 15 C. C.). La criminal puede ser pública o privada; la pública no puede renunciarse por ser de orden público y de interés social; la privada sí puede renunciarse, pero una vez que se ha puesto la querrela, para desistir de ella, se necesita el consentimiento del denunciado manifestado por escrito (Art. 17 C. de P. P.).

e). La acción civil puede intentarse contra personas jurídicas o morales. La criminal sólo contra personas naturales, ya que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito, y solamente el hombre puede ser denominado delincuente. Las personas jurídicas son entidades que la ley crea para satisfacer necesidades legítimas de intereses colectivos y permanentes. Las personas morales que no pueden ser penalmente responsables, sí pueden serlo civilmente.

SENTENCIAS

Conviene anotar de paso los efectos de las sentencias proferidas en lo civil y en lo criminal; de acuerdo con la ley 94 de 1938, tenemos:

La sentencia proferida en juicio criminal presta mérito ejecutivo para obtener el pago de la indemnización; pero no podrá invocarse cuando la parte interesada no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a indemnización (Art. 25 C. de P. P.). Cuando el sindicado ha sido condenado en juicio penal como responsable, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la responsabilidad del condenado (a. 29 C. de P. P.). Y, el Art. 28 del C. de P. P. a que nos venimos refiriendo, dice que cuando se ha declarado por sentencia definitiva que la infracción en que se funda la responsabilidad civil no la ha cometido el sindicado o que si la cometió fue en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, no puede entablar-se la acción ante el juez civil.

La razón de esto se desprende del hecho de exigirse plena prueba y completa para la condena criminal, de suerte que verifi-

cada ésta, no puede exigirse prueba mayor en el juicio civil.

Sin embargo, cuando se trata de contravenciones, la acción civil puede intentarse sin sujeción a la penal (Art. 27 C. de P. P.) En concordancia con lo anterior está el Art. 126 C. de P. P. que dice: "En los procesos por delitos que sean de la competencia de la policía, la sentencia no podrá señalar la cuantía de los perjuicios en cantidad que exceda de cincuenta pesos; pero en este caso la acción civil podrá intentarse sin sujeción a la criminal".

La responsabilidad delictual o cuasidelictual tiene su fundamento en un hecho que ha inferido daño a otro (a. 2341 C. C.) o en una negligencia (Arts. 2346, 2347, 2353 C. C.).

El Título 34 del C. Civil, trata:

1o. De la responsabilidad por los hechos propios;
2o. De la responsabilidad por los hechos de terceros que se tienen bajo guarda o cuidado (culpa in vigilando), o al servicio (culpa in eligendo);

3o. De la responsabilidad por los daños causados por los animales; y

4o. De la responsabilidad del dueño de un edificio, por los daños que ocasione la caída de éste, o la de los moradores por las cosas que se caen o arrojan de la parte superior del edificio.

El Art. 2341 nos pone de relieve los elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual. Dicho Art. dice: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido" De donde se infiere que dichos elementos son:

a). La culpa. b). El daño. c). La relación de causalidad entre los dos elementos anteriores, y d). Cierta capacidad por parte del autor.

Analícemos por partes cada uno de estos elementos:

Culpa.—Dejamos atrás anotadas las características de la culpa, sus principios generales, como también las varias clases que de ella contempla nuestro C. C. Todos y cada uno de los artículos del Título 34 del C. C., la exigen y la consagran de manera expresa, ya que nuestra legislación civil, como lo hemos dicho y repetido muchas veces, tiene por fundamento, para efectos de la indemnización, la responsabilidad subjetiva. La graduación de la gravedad de la falta, es de mucho interés, por cuanto el equilibrio de

los derechos puede haber sido roto más o menos violentamente, y el Juez se mostrará más severo castigando una culpa grave que una leve; y vimos también la importancia de ésta valuación para el caso de que se presente el fenómeno de compensación de culpas, caso en el cual la responsabilidad se divide en proporciones diferentes, según sea mayor o menor la culpa que a cada uno corresponda.

El daño.—Para que haya lugar a la responsabilidad civil es preciso que un daño haya sido causado y que ese daño sea cierto; sin interés no hay acción. El daño puede ser material o moral. El material a su vez puede ser personal o patrimonial.

RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA CULPA Y EL DAÑO

No basta para efectos de la responsabilidad la comprobación de la culpa y el daño; es necesario que éste sea el efecto de aquella.

Este punto ha sido motivo de grandes controversias que han dado lugar a dos tendencias representadas en dos escuelas: la francesa y la alemana. Para la primera basta que el daño sea ocasionado por la culpa; para la segunda es preciso averiguar si esa culpa es causa eficiente o adecuada. La teoría de la escuela alemana es de muy difícil aplicación, sobre todo, en aquellos casos en que concurren varias culpas (caso del Banco Alemán vs. Sierra), o de la culpa en concurrencia de la fuerza mayor o culpa de la víctima.

Nuestro código penal consagra el delito concausal en el Art. 366, que dice: "Si existiendo de parte del agente el propósito de matar, la muerte no se produjere sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá disminuirse hasta en la tercera parte". (Al decir de los penalistas las concausas pueden ser antecedentes o subsiguientes; las antecedentes, a su vez, pueden ser atípicas, normales o patológicas. Este Art., en materia penal, señala el grado de responsabilidad que incumbe al autor. En materia civil será el criterio sano del magistrado quien pueda valorar el grado de responsabilidad que a cada cual corresponda.

La exigencia de ésta relación de causalidad entre la culpa y el daño, tiende sin duda a descartar la responsabilidad extracon-

tractual cuando el daño es imputable a culpa de la víctima, o a un caso de fuerza mayor, o culpa de un tercero.

Capacidad.—Exige la ley cierta capacidad del autor del daño para que pueda exigirse la indemnización, pues, todo individuo debe responder de sus propios actos. Mas, cuando un individuo (menor de diez años, o demente, Art. 2346 C. C.), ha cometido una falta que dé lugar a indemnización, viene la ley a suplirla imputando culpa a las personas de quien depende.

La capacidad delictual es mas amplia que la contractual: no es necesario un desarrollo completo de las facultades intelectuales para distinguir el bien del mal, para distinguir el acto ilícito del que no lo es; mientras que en la vida de los negocios sí se necesita una completa madurez del espíritu.

COMENTARIOS A ALGUNOS ARTICULOS DEL TITULO 34 DE C. C.

Hasta esta parte de nuestro trabajo hemos dejado expuesto, en sus generalidades, los fundamentos de la responsabilidad así como los elementos que le son esenciales.

Sólo nos resta dar un vistazo por los artículos del título 34 del C. C.

Art. 2342.—“Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero.....”.

Art. 2343.—“Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”.

De estos artículos se desprende que la obligación de indemnización es transmisible activa y pasivamente, lo cual no es sino la consecuencia del título de heredero, que según el Art. 1155, representa a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones. Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, pero el heredero beneficiario sólo es responsable hasta concurrencia de lo que herede. (Art. 1411 C. C.)

El Art. 2343 no trata de la lesión que un patrimonio ocasiona a otro que implique una responsabilidad sin culpa al pasar a sus herederos. Al haber cometido una culpa y con ella lesionado el patrimonio de otro, justo es que afecte el patrimonio del responsable y pase a sus herederos la obligación de reparar el daño.

Art. 2346.—“Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados, serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia.

No pudiendo imputarse negligencia a las personas de que dependen los menores y dementes, la víctima del daño cometido por una de estas personas no tendrá derecho a ninguna indemnización. Esta nos parece una injusticia en ciertos casos, como por ejemplo, cuando el demente tiene haberes de fortuna. A éste no puede imputársele culpa alguna, como tampoco a la víctima. Entonces, por qué razón se pretende que la víctima cargue con todas las consecuencias del hecho dañoso? Creemos lo más conveniente que se establecieran excepciones al principio general, para que el juez en determinados casos obligara la indemnización total o parcialmente. Veamos un ejemplo: En un momento dado se fue un loco del manicomio, después de dejar en tierra a sus guardias, y penetra a un costurero donde encuentra una máquina que le da la subsistencia a una modista, y la hace añicos. Sería justo que esa modista no tuviera derecho a indemnización alguna por no poderse imputar negligencia a los guardias, y siendo, por otra parte, el loco una persona acaudalada? Esto sería injusto y contrario a los principios de equidad. Lo mismo pudiera decirse de los daños causados por los menores de diez años.

Art. 2347.—“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así, el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia o cuidado.

Así, el marido es responsable de la conducta de su mujer.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

Art. 2349.—Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a

aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes".

En principio, como ya lo hemos dicho, sólo se responde del hecho propio. Mas, como en el conjunto social se encuentran individuos incapaces (menores y dementes) o individuos que por cuestión de jerarquía se encuentran en el deber de estar sometidos a la dirección y control de esa autoridad jerárquica (mayores de diez años, criados, sirvientes, aprendices y discípulos), ha venido la ley, considerándolos *capitis minuídos*, a establecer en esos casos una presunción *juris tantum*, imputando a aquellos de quienes dependen una culpa por falta de vigilancia (culpa *in vigilando* o *in eligendo*). Y se dice *juris tantum*, porque de acuerdo con el inc. 6o. del Art. 2347 y la segunda parte del A. 2349, dicha presunción admite prueba en contrario. Consagran, pues, estos artículos la responsabilidad por el hecho de otro.

Mucho se ha discutido sobre si el contenido del Art. 1384 C. C. F. es taxativo o meramente enunciativo. Los expositores franceses están de acuerdo en que dicho enunciado es taxativo, y con ellos la mayoría de los expositores, entre ellos el doctor E. Zuleta Angel. En su tesis de grado, el doctor Lopera Montaña sostiene lo contrario. Por tratarse de un asunto tan delicado remitimos a la obra de este autor y a las conferencias del doctor Zuleta Angel. En nuestro código es enunciativo el contenido del Art. 2347, porque además de los casos enumerados en el artículo que comentamos se pueden presentar otros. Así, cuando una familia se encarga de la vigilancia de un menor de diez y ocho años, en los términos del numeral b) del Art. 67 C. P., dicha familia se hará responsable de los hechos dañosos que dicho menor cometa si pudiera imputársele falta de vigilancia, caso que sólo podemos acomodar en los términos generales del inciso 1º.

Se ha dicho que la ley castiga en este caso la falta de vigilancia, y por tanto, no debiera hablarse de responsabilidad por el hecho de terceros, sino del propio hecho. Jossierand, a este respecto dice: "La responsabilidad de estas personas se encuentra comprometida pero es en razón de una falta "personal" cuya prueba corresponde al demandante. No se trata de una responsabilidad ci-

vil de pleno derecho en razón del hecho o de la imprudencia de otro".

Para que la responsabilidad del padre sea comprometida se necesitan los siguientes requisitos: a), que sea causado el daño por un menor; b), que habite en la misma casa; c), que con su autoridad y cuidado no hubiere impedido el hecho.

Puede suceder, en el caso del requisito b) que no habitando en la misma casa sea empeñada la responsabilidad del padre, como cuando internándolo realiza un hecho por vicios provenientes de mala educación, pues en tal caso tiene explicación el Art. 2348 C. C.: "Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir".

"Las disposiciones que venimos comentando tienen como razón, el que una acción de la víctima contra el autor del daño sería casi siempre ilusoria, sobre todo cuando se trata de menores, casi siempre infructuosa por la carencia de patrimonios en estas personas. "Para indemnizar a la víctima se busca la responsabilidad y el dinero allá donde se encuentren", ha escrito Josserand.

La responsabilidad de los amos encuentra su fundamento: a), en la culpa in eligendo, es decir, por haber escogido para su servicio personas imprudentes; b), en la culpa in vigilando por no interponer su autoridad para que el criado o sirviente, en el ejercicio de sus funciones, no se comporte de manera inconveniente o impropia.

Relacionemos estos conceptos anteriores con el Art. 2352 por la conexión íntima que presentan.

Art. 2352.—"Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere....".

Nos cabe aquí preguntar: Por qué razón quien ha indemnizado el daño por terceros que están bajo su cuidado, puede repetir contra ellos por el todo? Si el delito o culpa proviene de mala educación o de hábitos viciosos que se han dejado adquirir al hijo (2348), por qué puede repetir el padre cuando la culpa pertenece a él?

El Art. 2348 C. C. consagra una presunción de derecho (juris et de jure) y a pesar de todo el padre puede repetir por el to-

do, cuando ha reparado los daños causados por las faltas de su hijo en los términos del Art. 2352. Nos parece lo más justo, lo más equitativo, aunque el vigilado tenga un patrimonio, que el padre cargue por lo menos con una parte de la indemnización debida por él tanto de culpa que le corresponde. Por lo demás, la obligación del padre no es sólo la de vigilar, sino también la de educar.

El inciso 4o. del Art. 2347 "el marido es responsable de la conducta de su mujer" ha quedado derogado por la ley 28 de 1932. El Art. 2o. de esta ley dice que cada cónyuge es responsable por las deudas que personalmente contraiga, y la obligación de indemnizar por los hechos dañosos no es en sí otra cosa que una deuda. Así, la mujer responderá de su propio hecho o culpa.

La responsabilidad de los institutores—directores de colegios y escuelas—tiene su fundamento en la falta de vigilancia que a éste corresponde (culpa in vigilando) mientras los discípulos estén bajo su cuidado.

Ha sido motivo de discusiones en la legislación francesa, sobre si esa responsabilidad cabe sólo al institutor asalariado, o si por el contrario puede hacerse extensiva a los directores de establecimientos de caridad y de beneficencia pública. Se ha dicho que tal responsabilidad sólo debe entenderse respecto de los institutores asalariados, por que haciéndola extensiva a los directores de establecimientos de caridad y beneficencia se comete una gran injusticia tratando tan severamente a quienes sólo se preocupan por prestar un servicio a la sociedad.

Josserand dice que sí se hace extensiva por tres razones: 1o. El artículo no distingue entre unos y otros institutores; 2o. Porque la idea de control y dirección, que es la base de la responsabilidad civil, tiene todo su valor. 3o. Porque el legislador ha querido asegurar un recurso a la víctima, y a ésta le interesa poco que el institutor sea o no asalariado. De tal suerte que tanto en Francia como entre nosotros no tiene lugar tal distinción.

La situación en que el código coloca a los directores de colegios y escuelas parece rigurosa, en vista de que ellos tienen que aceptar y recibir alumnos que no han escogido y someterse a un estado de cosas que ellos no han creado. Estas fueron las objeciones que se le hicieron en Francia al Art. 1384 que en nuestro código corresponde al 2347. Para obviar estas dificultades se promulgó la ley francesa de 20 de julio de 1899, que dice así: "Siempre

la responsabilidad civil del Estado se sustituye a la de los miembros de la enseñanza pública". Con esta ley se salvó, en parte al menos, el estado de cosas anterior, ya que la responsabilidad de los miembros de la enseñanza pública recae sobre el estado que los sustituye; pero los institutores de la enseñanza privada siguen las disposiciones del código. Creemos por nuestra parte que dicha ley no se hizo extensiva a los establecimientos privados, por cuanto en éstos es facultativo el recibir a determinados alumnos, cuyo caso tendría lugar la culpa in eligendo.

Entre nosotros tal disposición del código no ha sido modificada, por consiguiente, todos los institutores—públicos o privados—se rigen por el Art. 2347.

Hemos visto hasta aquí los artículos que consagran la responsabilidad por el hecho de otro. Para terminar este punto nos parece importante insertar las diferencias, que en cuadro especial trae el profesor H. Lalow en su obra "Responsabilidad civil", en materia contractual y extracontractual.

Responsabilidad del hecho de otro en materia contractual:

1o. El contratante es responsable de todos sus auxiliares sin que el acreedor tenga que probar la falta.

2o. La prescripción oponible es la del contrato.

3o. La víctima no tiene derecho sino a la reparación del daño previsto, salvo dolo del deudor.

4o. Validez de las cláusulas de no responsabilidad o limitación de ésta.

Responsabilidad del hecho de otro en materia delictual.

1o. El no contratante no responde sino de las personas enumeradas en el Art. 1384 (C. C. F.), y el acreedor debe probar la falta de ellas.

2o. La prescripción oponible es la del derecho común.

3o. La víctima tiene derecho aún a la reparación del daño imprevisto.

4o. Nulidad de las cláusulas de no responsabilidad o limitación de ésta (tiene su razón en que es de orden público).

La responsabilidad por los daños de los animales la encontramos en los artículos 2353 y 2354 C. C.

Art. 2353.—"El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no

pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal".

Según el Art. 687 C. C., los animales pueden ser bravíos o salvajes, que son los que naturalmente viven libres e independientes del hombre; domésticos, los que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre; y domesticados, los que a pesar de ser naturalmente bravíos, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.

Parece que este artículo que comentamos, se refiere a animales domésticos o domesticados, ya que el 2354 se refiere a los bravíos o salvajes.

Si el animal es doméstico, siempre será el dueño el responsable de los daños causados por él, desde que se le pueda imputar a culpa suya o de sus dependientes o encargados de la guarda.

Si el daño es causado por un animal domesticado, es responsable el dueño, siempre que la soltura o extravío pueda imputarse a su culpa o a la de sus dependientes, y siempre que el animal conserve la costumbre de volver bajo su dependencia; pero si el animal recobrar su libertad natural, volviendo a su condición de salvaje o bravío, no será responsable, pues ya no es su dueño.

Art. 2354.—"El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño no será oído".

Según el doctor Lopera Montaña este artículo encierra una verdadera presunción de responsabilidad, porque para que el dueño del animal feroz pueda librarse de la responsabilidad, tiene que probar la fuerza mayor, culpa de un tercero o culpa de la víctima; y, que más que esto puede ser el caso típico de la teoría de los riesgos, puesto que "si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído". Por nuestra parte nos inclinamos a creer que este artículo consagra la teoría de los riesgos.

Un animal "fiero" es el animal bravío o salvaje, según el Diccionario de la Lengua. Y, no se vé cómo pueda tenerse para la guarda de un predio un animal de esta naturaleza. Quizá el legislador quiso referirse a los animales domesticados, de los cuales algunos por su bravura se les llama "fieros" en el lenguaje común.

El doctor F. Vélez al tratar lo concerniente a estos dos artículos, pone como ejemplo del Art. 2353 el caso de un perro que por su fiereza causa daño a un tercero, y como ejemplo del

2354 pone el de las fieras de los circos (tigres, leones, etc.). Nos parece un absurdo suponer que un tigre o un león puedan servir para la guarda de un predio. Dice el doctor F. Vélez que no se le admiten descargos por que el peligro que encierran dichos animales es muy grande, con lo cual no hace otra cosa que consagrar la teoría de los riesgos.

Por otra parte, no vemos muy clara la razón para que el dueño de un animal fiero que utiliza en la guarda o servicio de un predio pueda excusársele o liberársele de responsabilidad, y no así, si lo utiliza en otro servicio. Un animal de esta naturaleza puede emplearse en servicios distintos a la guarda de un predio.

Parece que el legislador hubiera tenido en cuenta el concepto de "interés o utilidad" que dicho animal pudiera prestar para la guarda o servicio de un predio. Y teniendo en cuenta este concepto, el animal fiero puede emplearse en otro servicio en que intervenga también el concepto de interés o utilidad. Veamos un ejemplo: Un domador de fieras, lleva para exhibir un león enjaulado, con lo cual devenga su subsistencia. En la noche cae un rayo que desbarata la jaula, sale el animal y ocasiona daños a terceros. Preguntamos, qué responsabilidad cabría al domador? No puede exigirse mas interés o utilidad que el de darle la subsistencia.

Aplicando la teoría del riesgo creado, el domador sería responsable de los daños causados por el animal. Si aplicamos la teoría de la presunción de responsabilidad, el domador se liberaría de la obligación de indemnizar a los perjudicados alegando fuerza mayor. Y aplicando la disposición legal de nuestro estatuto civil, habría que condenar al domador a la reparación de los daños y perjuicios que el animal hubiese ocasionado a terceros, lo cual nos da base para sostener que este artículo es la consagración de la teoría del riesgo creado.

El artículo a que nos venimos refiriendo consagra, en el primer caso, una responsabilidad legal (*juris tantum*) y en el segundo una presunción de derecho. Por lo que dejamos anotado no vemos muy clara la razón de esta distinción, siendo así que nuestro código consagra como fundamento de responsabilidad la culpa probada o presumida.

La responsabilidad por los hechos dañosos ocasionados por las cosas inanimadas está consagrada en los artículos 2350, 2351 y 2355 C. C.

Art. 2351.—“Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniere de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3a. del Art. 2060”.

Para la comprensión de la doctrina de este artículo remitimos a la página 11 de esta monografía, donde dejamos tratada su interpretación al hablar de la teoría de las presunciones.

Art. 2350.—“El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto”.

Hemos visto que la irresistibilidad es una de las características de la fuerza mayor. Interpretando el contenido del Art. pre-inserto, inciso 2o., en concordancia con la parte final del Art. 990 C. C., si llega a probarse que el caso fortuito sin el mal estado del edificio no lo hubiera derribado, no libera a su dueño de la indemnización debida por los daños que ocasione su ruina por haber omitido las reparaciones necesarias o por haber faltado al cuidado de un buen padre de familia.

El Art. 990 C. C. dice: “Si notificada la querella, cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos”, y el 991 de la misma obra agrega: “No habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querella”. A la luz de éstas disposiciones, resalta que para que el dueño del edificio sea obligado a la indemnización, es necesario que preceda la querella de parte. Será preciso, para efectos de la indemnización, que hubiere precedido la notificación de la querella?

El doctor Fernando Vélez en sus comentarios al C. C. afirma (al comentar los Arts. 990 y 991) que si la querella no se ha notificado, el dueño del edificio no es obligado a indemnizar los daños que su ruina ha ocasionado. Y al comentar el Art. 2350 remite a los comentarios de los Arts. 990 y 991, con lo cual entendemos que si la querella no se ha notificado no hay lugar a indemnización.

En nuestro humilde concepto, encontramos una incongruencia entre el Art. 2350 por una parte, y los Arts. 990 y 991 del C. C. por la otra. El Art. 2350 consagra una presunción de culpabilidad para el dueño por haber omitido las reparaciones neces-

rias o por haber faltado al cuidado de un buen padre de familia. Si su dueño quiere liberarse de la obligación de indemnizar, deberá probar por algún medio que no tuvo culpa en la ruina del edificio, en caso contrario, será obligado a la indemnización, aun cuando no haya precedido notificación de la querrela.

Si fuera indispensable la previa notificación de la querrela para que el dueño del edificio comprometiera su responsabilidad por los daños causados por la ruina de su edificio, se cometerían no pocas injusticias. Veamos un ejemplo: El dueño de un edificio, que lo cierra por no necesitarlo en la vida de sus negocios, y por un defecto de las cañerías, las aguas estancadas hacen que falle uno de los paredones que sostienen el edificio y por consecuencia de esto el edificio viene a tierra causando daños a los vecinos. Pregunto: sería preciso, para comprometer la responsabilidad del dueño, que existiera la previa notificación de la querrela? Si se contestare afirmativamente, cómo podría intentarla el vecino no teniendo cómo conocer los peligros que le amenazan? Si no entraña esto una injusticia, no sé como podría calificarse.

Se me dirá que el Art. 990 habla de indemnización de perjuicios a los **vecinos**, y el 2350 contiene una regla general. Pero no veo ninguna razón para que a los vecinos se les coloque en condiciones de tanta inferioridad.

En mi concepto, como ya lo dije atrás, hay una incongruencia entre el Art. 2350 y los Arts. 990 y 991 de nuestro C. C., porque es un absurdo que sea primero la querrela que el perjuicio sufrido, para efectos de la indemnización.

Art. 2355.—“El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola”.

Fundando nuestro código la responsabilidad en la culpa, era indispensable que el código sentara una presunción de culpabilidad contra todos aquellos que habitan en el mismo edificio, ya que de lo contrario el accidente sería anónimo, sin que fuera posible imputárselo a persona determinada, lo cual sería supremamente difícil donde habitan muchas personas, ya que ninguna de ellas se declararía culpable. El instinto de conservación personal,

por un fenómeno psicológico, trasciende al patrimonial como algo indispensable o inherente a la propia conservación.

No pocas injusticias se consagrarán en la aplicación de este artículo. Puede ocurrir, y con frecuencia ocurre, casos en que una cosa sea arrojada de la parte superior de un edificio, maliciosa o intencionalmente, por determinada persona; y sin embargo, aplicando esta disposición que es la pertinente, se obligará a contribuir a la reparación del daño a una persona que es ajena, en todo y por todo, al hecho dañoso que da lugar a indemnización.

Pero a pesar de todo, es indispensable y conveniente que ello sea así para evitar que muchos daños queden sin reparación, y obligando en cierto modo a la prudencia de todos los habitantes, pues, como arriba lo dijimos, el suceso quedaría anónimo y la ley siempre ha querido favorecer a la víctima.

En resumen, y para dar por terminado nuestro trabajo, debemos concluir que nuestro código consagra en su Título 34 la teoría de la responsabilidad subjetiva. La teoría de los riesgos o de la responsabilidad objetiva, está bien que no se consagre como norma, como principio o fundamento en el derecho común porque ello contribuiría a la paralización, a impedir el libre desenvolvimiento de las actividades humanas, reduciendo a la inactividad al individuo y matando la iniciativa particular.

Claro está que con el enorme desarrollo industrial, con la maquinización del mundo, si así puede decirse, son muchos y crecientes los fenómenos que esas fuerzas brutas entrañan para el hombre, con menoscabo de su persona y de su patrimonio. Pero entonces corresponde al legislador llenar esos vacíos por medio de leyes, como hasta ahora se ha hecho. Esas leyes deberán dictarse para los casos en que determinada industria o actividad entrañen un peligro próximo o remoto pero que muy probable sucederá.

No es menor la obligación o el deber de los falladores, para, en determinados casos y dadas ciertas circunstancias, interpretar con alguna amplitud las disposiciones estatutarias. Nuestro código fue redactado para una época que no corresponde a las necesidades de la hora presente. El criterio del juzgador, aunque no benévolo, debe ser justo y equitativo.

También dejamos visto que la víctima tiene en su favor la teoría de las presunciones: de responsabilidad o de culpabilidad según sean mas o menos graves. La primera sólo puede desvirtuar-

se alegando fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero; la segunda puede serlo por cualquiera otro de los medios de prueba. Unas y otras vienen en auxilio de las víctimas, por cuanto en la mayoría de las veces, es muy difícil para éstas comprobar la culpa de quien las ha lesionado. Es la víctima la de menor peso en la balanza de la justicia, y entonces las presunciones consagradas por la ley vienen en su auxilio para restablecer el equilibrio. Y una vez que esto se ha verificado, aparece la justicia como un sol radiante sobre esta humanidad irredenta que furiosamente se debate en su loco afán de lucha por la vida.

NOCION DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Definiciones sobre accidentes de trabajo.

Desde el punto de vista etimológico el accidente es un suceso anormal e imprevisto. Tal es el sentido de la palabra en el lenguaje usual y es el que se le ha dado en el derecho común; pero esta concepción es insuficiente para los fines de la legislación sobre el particular. La noción de accidente aplicada de manera específica a las personas viene a ser más complicada que la concerniente a los objetos inanimados. En la práctica se constataba además que los beneficiarios de las leyes sobre la reparación por lesión accidental, tenían una ordinaria tendencia a llevar dicho concepto hasta sucesos que lógicamente no podían englobarse en esta noción; era necesario buscar una definición más exacta que la que venimos comentando. Por regla general, las leyes no definen esta figura jurídica pero hay algunas que sí se esfuerzan en hacerlo, como la del Brasil en 1919: "Un suceso provocado por una causa a menudo violenta, exterior e involuntaria... que produce lesiones corporales o desórdenes funcionales". Otras legislaciones son menos explícitas y mencionan únicamente ciertas características que el acontecimiento debe revestir para que sea considerado como accidente. De acuerdo con algunas leyes el accidente es sólo un fenómeno violento; mientras que otras lo consideran como un suceso que provoca una lesión personal o corporal y determina la muerte o una incapacidad para el trabajo. Todas estas definiciones adolecen de muchos inconvenientes y son más o menos imperfectas.

La mayoría de los países ha dejado la definición a los tribunales y a la jurisprudencia. Los juristas han condensado en diversas definiciones las experiencias prácticas hechas en esta materia. Una de ellas, quizás la más acertada y más antigua, fue la dada por el profesor francés M. Marestaing, que dice: "El accidente es un daño al cuerpo humano que proviene de la acción repentina y violenta de una causa exterior". Tal concepción fue aceptada en sustancia por la doctrina francesa y la de un gran número de otras naciones. Sin embargo el profesor Sachet no considera esta fórmula como completa y presenta otra según la cual el accidente "es un suceso anormal, generalmente repentino o al menos de una duración corta y limitada que lleva su daño a la integridad del cuerpo humano".

La Oficina General de Aseguros ha formulado varias definiciones de la noción de accidente: las primitivas implican que éste debe ser "un suceso que, produce algún daño en la integridad del cuerpo humano, acaecido repentinamente y que se encuentra limitado por un comienzo y por un fin". Más tarde la concepción de lo repentino ha sido modificada y la Oficina ha dado de ella la descripción siguiente: "un suceso que se produce en un lapso de tiempo más o menos corto".

Los Tribunales ingleses tienen la idea de que "si un trabajador, en el cumplimiento racional de su tarea sufre una lesión fisiológica por consecuencia del trabajo que desempeña.... se trata de una lesión accidental en el sentido de la ley". Pero es necesario tener en cuenta estas limitaciones: que la lesión no sea producida gradualmente, y que no se trate de averías voluntarias.

Por lo anterior se puede ver claramente que el accidente ha sido definido en su origen según varias características de las cuales las más importantes son: el carácter de fortuito, la repentinidad, la violencia, la causalidad externa y la lesión corporal. Pero el desarrollo de la ciencia médica y la protección al trabajador de una manera equitativa, han hecho cambiar fundamentalmente las nociones anteriores y han decidido ampliar el radio de acción de los distintivos anotados hasta el punto de desviar completamente la noción de accidente hacia confusionismos extremistas.

Hay dos concepciones diferentes al respecto: de conformidad con la primera, el accidente es un suceso que entraña una lesión, mientras que según la otra, aquél es la lesión corporal misma, independiente del acto o de la causa que pueda haberla determina-

do. Supongamos, dice un eminente tratadista francés que una teja cae de un techo y hiere un obrero; según el primer criterio el accidente es la caída del objeto y la herida del operario es sólo su consecuencia. Si aceptamos el segundo, por el contrario, es la herida misma la que constituye el accidente. Pero estos sistemas a más de ser demasiado vagos son erróneos: La caída de la teja, en el ejemplo que nos ocupa, no constituye por sí sola tal fenómeno, pues su desprendimiento apenas si encarnaría un simple hecho de gravedad mecánica completamente diverso a la figura jurídica de accidente; y la segunda, o sea la de la herida, es también imposible aceptarla ya que este término es sumamente amplio y en la mayoría de los casos no es debido a tal clase de sucesos sino a complicaciones distintas.

De forma que para tener una idea clara de lo que es un accidente debe producirse el hecho por una causa que llene estos requisitos:

- a). Ser imprevisto;
- b). Ser exterior;
- c). Producirse repentinamente; y
- d). Causarse con violencia.

Analizaremos por separado cada uno de ellos.

Primero.—Al hablar de accidentes se tiene la noción de azar, de casualidad, es decir, la idea de algo imprevisto y fortuito. Cuando un suceso es anormal e inevitable nos encontramos en presencia de un caso de azar absoluto u objetivo. En estas circunstancias debe ser tal acontecimiento considerado siempre como un accidente.

En los primeros tiempos el azar absoluto fue catalogado como la única fuente del riesgo profesional, mas hoy el concepto ha variado y las legislaciones y jurisprudencias universales han modificado este estrecho criterio. Si se considera el caso de azar absoluto como condición necesaria del accidente sólo los sucesos anormales que el trabajador no pudiera prevenir ni evitar por sus propios medios vendrían a ser calificados de tales y de consiguiente todas las labores desarrolladas y los hechos que de ellas se desgan, efectuados de manera regular, serían excluidos de la definición aunque el trabajo fuese más difícil que de costumbre. En el deseo de cubrir este último riesgo se ha renunciado en la mayor parte de las definiciones contemporáneas a exigir que las causas de aquél sean siempre originadas en este género de azar.

Concluiremos diciendo que cuando se habla de caso fortuito o imprevisto, no se debe tener en cuenta únicamente el azar absoluto, sino también el subjetivo. Y que si se hace en algunos códigos de la primera clase de ellos es con el fin de distinguir el accidente propiamente dicho con otros riesgos profesionales como la enfermedad.

Segundo.—Más importante que el primer requisito, ya estudiado, es éste. El carácter externo implica que la causa del suceso no tenga relación alguna con la constitución orgánica del cuerpo humano. Se entiende por "causa" la inmediata y no la alejada como la falta de previsión y reflexión. Pero el carácter externo no debe limitarse a factores independientes del sujeto. Ciertos movimientos del cuerpo humano no son externos más que en el sentido relativo de la palabra. A esta categoría pertenecen los casos de esfuerzo o de surmenage que provocan lesiones, las cuales pueden ser consideradas, sea como accidentes, (la hernia), o bien como enfermedades según que presenten o no otros rasgos característicos.

Cuando el trabajador tenía una lesión preexistente, estando predispuesto a contraer una enfermedad y esa predisposición fue agravada por causa del trabajo desempeñado, el factor determinante de la lesión no es puramente externo y sin embargo la mayoría de los países consideran este caso como un accidente siempre que el agente externo haya contribuido de manera especial al surgimiento de aquélla.

Tercero.—El requisito más necesario para caracterizar el accidente es la repentinidad. Esta dice relación a la causa y no al daño; una crisis repentina de una enfermedad que se ha desenvuelto progresivamente no podría ser calificada de accidente, mientras que una enfermedad provocada por un suceso repentino puede serlo. Por este motivo existe una relación entre el suceso y el perjuicio que de ello resulta y si el comienzo y fin de tal acontecimiento pueden determinarse con nitidez, no es necesario saber si la avería orgánica aparece inmediatamente después del accidente o sólo más tarde.

La repentinidad es lo contrario de la lentitud y de la progresividad, pero la diferencia entre éstas no es sino relativa. Por ejemplo: puede calificarse de repentino un suceso que no dure sino pocas horas, como en el tiempo normal para el desenvolvimiento de la insolación? Ciertas definiciones de suceso súbito no respon-

den afirmativamente la cuestión planteada; si un hecho es producido "en un lapso de tiempo relativamente corto que pueda ser determinado", basta esto para que pueda calificarse de repentino. En la práctica se entiende por el lapso de tiempo anotado dos o tres horas.

Teóricamente se observa que según este concepto se puede considerar como accidente el resultado que se produce de la acumulación de diversos fenómenos nocivos; pero cuando el daño es sólo causado por una acumulación de efectos no debe considerarse, lógicamente hablando, como un accidente. La mayor parte de los países han admitido más y más la amplitud de este término y la tendencia se justifica por la aplicación del riesgo profesional.

Aunque el carácter de repentino responde a un concepto demasiado vago e inseguro, es a toda costa necesario tenerlo en cuenta para establecer las diferencias entre las ideas de enfermedad y accidente.

Cuarto.—El último rasgo característico del accidente considerado en relación a su causa, es la violencia. La acción del agente anormal y exterior debe ser, no únicamente repentina, sino violenta. El cuerpo humano opone una resistencia a los efectos dañinos y por esto el suceso repentino debe tener cierta fuerza para producir la lesión. De consiguiente este carácter no concierne más que al cuerpo humano y no se necesita que el suceso sea fuerte en demasía para perjudicar al trabajador. Pero aún esta condición parece muy rígida en la concepción moderna y se ha ampliado aún más que las anteriores. En realidad, en un sinnúmero de industrias se producen accidentes sin que la violencia exista como ocurre por ejemplo, en actividades químicas donde aparecen con frecuencia lesiones por absorción de sustancias tóxicas o vapores nocivos, etc.

A pesar de lo expuesto y aunque algunos países como el nuestro pretenden mantener viva la noción de violencia, los comentaristas modernos se inclinan a buscar el no análisis de este requisito.

El accidente considerado en cuanto a sus efectos.

Un accidente es un acontecimiento dañino en cuanto a sus efectos sobre la integridad del cuerpo humano. Si reúne las características de violento, repentino, acaecido por un suceso imprevisible y exterior, sobrevenido por causa o con ocasión del trabajo, no puede considerarse como accidente si no produce en el organismo del hombre una lesión personal.

Queda dicho que la lesión misma, como el suceso que la oca-

siona debe presentar un cierto grado de azar relativo o subjetivo. Sin embargo es difícil determinar con exactitud lo que debe entenderse por estos términos. Si se exigiera que la avería haya sido involuntaria llegaríamos a excluir sólo las heridas voluntarias. Pero si se dice que la lesión no haya podido preverse podríamos concluir, aplicando rígidamente este principio, que se exceptúan todos los accidentes provocados por mala conducta o negligencia de los operarios, principio éste que implica la cuestión de falta que la teoría del riesgo profesional tiende a descartar.

La noción de azar relativo, fuera de una lesión por accidente, es pues excesivamente simple y varía de acuerdo con las cualidades individuales del trabajador.

La cuestión de saber si la lesión es externa o interna es absolutamente extraña al concepto de accidente. En efecto, esta noción es interpretada hoy día en un sentido muy amplio y comprende de todo daño orgánico del cuerpo humano. La ley argentina de 1915 lo indica claramente al decir que el accidente de trabajo es: "Todo suceso... que acarrea una lesión corporal directa o indirecta, aparente o nó aparente, superficial o profunda". Aunque otras legislaciones no tienen una definición tan precisa de ello, parece según la jurisprudencia, que se aplica a todos los principios análogos. Sin embargo, las lesiones pueden clasificarse en distintos grupos de acuerdo con el carácter traumático de ellas. Existen los casos quirúrgicos, como las heridas, fracturas, y otras lesiones tangibles que se pueden considerar siempre como accidentes.

Otro grupo comprende los casos médicos para los cuales es muy difícil determinar si constituyen averías accidentales o nó. Los códigos sobre la materia tienden a catalogar las hernias entre aquellas. Enfermedades como la tuberculosis, la neumonía, la diabetes, etc., pueden ser provocadas por un accidente cuando reúnen ciertas características como un traumatismo o una presunción suficiente para admitir que poseen un origen de esta índole.

No es necesario que la lesión haya sido repentina o inmediata. Es indiferente que aquella aparezca simultáneamente o después del suceso; basta que se deba al accidente. Si un obrero parece salir indemne de un siniestro pero sufre por su consecuencia una lesión interna, se debe considerar como proveniente del evento acaecido.

Además, la incapacidad no puede ser más que una consecuencia indirecta del accidente y sin embargo estar comprendido en el número de los riesgos que dan lugar a la indemnización, como o-

corre frecuentemente en los trastornos provocados por un schok nervioso. Anteriormente no se llegaron a considerar las lesiones provenientes del schok como accidentes, pero hoy esta teoría ha sido abolida y todas las legislaciones admiten que cuando se provoque un desorden fisiológico por tal motivo, es necesario considerarlo como un accidente, aún siendo únicamente mental. El profesor Sachet ha dicho al respecto: "La locura es una alteración del cerebro, un traumatismo, como lo es la ruptura de un músculo o la fractura de un hueso. No importe que se haya producido por el choque de un objeto sólido o por las vibraciones que se escapan aún a nuestro análisis".

ENFERMEDAD Y ACCIDENTE DIFERENCIAS

Como es de suma importancia la diferencia entre los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, ya que en muchas ocasiones y muy especialmente entre nosotros se han confundido los términos, considerando unas veces las enfermedades como accidentes y viceversa, analizaremos aunque sea superficialmente estos conceptos:

Por lo expuesto anteriormente se puede constatar que la evolución del riesgo profesional acusa una tendencia generalizada hacia la noción de accidentes.

Hay sin embargo un límite irreductible en esta orientación, a saber, el concepto de enfermedad. Como lo hemos dicho, el principio del riesgo permite cubrir igualmente las enfermedades que son inherentes al trabajo mismo y que tienen un origen profesional, pero cuando esto es admitido se hace en la práctica una distinción de los conceptos mencionados.

No sería posible decir que la diferencia entre ellos sea perfectamente clara. La opinión antigua según la cual estas dos concepciones eran términos contradictorios, tiende más y más a desaparecer y a ser reemplazada por otro criterio de acuerdo con el que los riesgos del trabajo forman una larga serie en la que las diversas lesiones se confunden unas con otras por graduaciones insensibles y variables.

La enfermedad es una lesión corporal y personal como puede serlo el accidente. La diferencia entre éste y aquélla no reside sino en la causa que produce la incapacidad. A este particular po-

co importa la naturaleza de ésta, sea quirúrgica y tangible o médica y oculta. La intoxicación, la infección, la tuberculosis o la neumonia y otras tantas enfermedades podrán ser lesiones por accidentes u ocasionales. Quiere decir lo anterior que las dolencias producidas gradualmente o por una acumulación de efectos, o bien por fuerzas que obren durante un largo período o por numerosas repeticiones, no debieran considerarse como accidentes, sino más bien, deben ser calificadas como enfermedades.

La noción de accidente implica que el suceso sea fortuito, en tanto que la de enfermedad se extiende a todas las lesiones ordinarias; pero apesar de ello un evento producido en el curso del trabajo ordinario, cumplido de manera normal, y que es perfectamente previsto por la víctima, puede entrar en la categoría del accidente. La causa de éste debe ser externa y la de la enfermedad interna, pero es preciso tener en cuenta las lesiones que resultan de un esfuerzo que en muchas ocasiones dan base para decretar una indemnización prevista para los accidentes. Así mismo, su causa puede manifestarse repentinamente, mientras que la de la enfermedad se desenvuelve de manera gradual y paulatina. Será preciso además, tener en cuenta lo estudiado sobre repentinidad a fin de hacer la diferenciación y ver que el factor tiempo no se ha tomado siempre como criterio decisivo para reconocer una reparación por tal concepto.

De otra parte, aun cuando las circunstancias ocasionales pueden ser determinadas, no es necesario, para probar que se encuentra en presencia de un accidente establecer que la lesión tenga únicamente por causa esta circunstancia. El hecho de que el trabajador sufra un trastorno corporal que lo ha predispuesto a un desorden orgánico por consecuencia de esfuerzos aún moderados y por la preexistencia del estado mórbido del obrero, no excluyen en general la posibilidad de considerar la lesión como un accidente. Basta que él haya contribuido a la aparición del desorden o lo haya agravado. Si por ejemplo, un operario se hace herir de una máquina por motivo de un exceso de debilidad general o de enfermedad, la avería recibida es considerada como accidente, porque el surgimiento de ella ha sido eventual.

Está fuera de duda que los casos de heridas o tuberculosis que se deben a lesiones accidentales, o de envenenamiento de sangre venidos de una herida recibida como consecuencia de un aconteci-

miento accidental, o una infección tal como la del carbón que resulta de sucesos determinados, pueden considerarse como verdaderos accidentes de trabajo.

Pero si bien es cierto que las diferencias entre estas concepciones son numerosas, no lo es menos que existen multitud de casos en los cuales es casi imposible determinar si tienen uno u otro carácter. Ejemplos típicos de ellos serían los de aletargamiento producidos por el frío, cuando el trabajador está expuesto a uno intenso, o los de insolación cuando el obrero se encuentra laborando en regiones demasiado cálidas. Otro caso importante es el de la hernia; si entre el traumatismo sufrido y la aparición de ella hay una relación íntima, debe considerarse como accidente; a la inversa, si se establece que la hernia es sólo debida a una alteración progresiva y agravada del cuerpo humano se considera como una enfermedad.

En síntesis, las diferencias entre el accidente y la enfermedad son:

a). Que el suceso sea fortuito, repentino y debido al azar (la enfermedad se produce, en la mayoría de las veces, de manera gradual y paulatina);

b). La causa del accidente es externa. La de la enfermedad es interna;

c). La causa del accidente debe ser violenta. La de la enfermedad se desarrolla lentamente; y

d). La lesión provocada por el accidente se debe a un suceso material. La enfermedad no se caracteriza por ningún suceso.

Pero para hacer las distinciones correspondientes es necesario tener en cuenta el estudio que hemos hecho ya sobre estas características.

SEGUNDA PARTE

Relaciones entre el accidente y el trabajo

Por parecernos de suma importancia para el presente estudio, veamos en seguida las relaciones entre el accidente y el curso del trabajo, el accidente y el lugar en que se desarrolla la labor y por último, la relación de causa a efecto:

Primera.—Como la autoridad del patrono y la dependencia del obrero son en general las condiciones necesarias para la aplicación de la ley sobre las indemnizaciones a los trabajadores víc-

timas de accidentes, se deduce de ahí que el operario está protegido contra los riesgos desde el momento en que se coloca a disposición del empresario, hasta el instante en que él vuelve a recobrar su completa independencia frente a aquél. Los tres puntos principales que examinaremos a propósito del "curso del trabajo", son el comienzo, el fin y las interrupciones de la labor.

En general se puede admitir que la autoridad del patrón se hace sentir desde que el obrero entra en su establecimiento, o como lo ha dicho un juez de Inglaterra, "en el campo y en la zona de sus servicios". Apesar de ello no es posible olvidar que hay una diferencia entre el momento en que comienza el empleo—situación jurídica—y aquél en que se inicia efectivamente el trabajo—situación real—. Generalmente se estima que el curso de éste comienza sólo desde el instante en que el asalariado emprende su tarea; pero puede haber casos en el cual el empleo del obrero principie aún anteriormente. Así, se puede considerar que la iniciación del trabajo ha aparecido antes de la hora normal a condición de que el asalariado esté presente en el establecimiento por necesidades del servicio o por otra misión cualquiera efectuada en el interés del empresario.

Resulta de lo expuesto que el derecho del empleado cesa desde el momento en que se retira de la empresa, pues en esa hora toma su independencia y autonomía, rompiéndose el vínculo que lo ligaba a la industria. Sobre este particular no se entiende por fin del trabajo la terminación de las labores ordinarias.

Cuando el obrero es víctima de un accidente en el establecimiento, luego de haber realizado su tarea regular, la posibilidad de considerar este accidente como de trabajo no está excluida. En varias industrias como las de construcción, los operarios tienen a menudo la costumbre y necesidad de no apartarse del sitio donde prestan sus servicios, sino después de un cierto tiempo de terminar su trabajo con el propósito de prepararlo, cambiar de vestido, etc.

Mientras estos hechos se efectúan bajo la vigilancia del jefe de obra hacen parte, en principio, del "curso del trabajo" y por tanto los riesgos corridos con ocasión de tales actos deben ser indemnizados. Otro caso semejante al anterior se presenta cuando el personal laborante tiene urgencia de regresar a la empresa para recibir el pago y en estas condiciones se lesiona algún operario. Las jurisprudencias francesa, alemana e inglesa así lo han absuelto, ba-

sándose en que el empresario no está libre para con el personal antes de haberle cubierto sus jornales.

La noción anterior se ha extendido aún más en otros países, al determinar que cuando en el contrato de trabajo se estipula que los gastos de transporte entre el domicilio y el lugar de las tareas, son por cuenta del empleador, los accidentes acaecidos por un choque o volcamiento de los medios de transporte deben ser cubiertos, fundamentándose en que la duración del trabajo engloba también el tiempo invertido en el traslado del trabajador.

No sobra advertir que la finalidad de los citados casos es la de sembrar un criterio y no la de tratar de comprender todas las situaciones que la práctica ofrece.

Segunda.—En la mayoría de los casos, para que haya accidente propiamente dicho, es necesario que exista una relación entre el suceso y el lugar del trabajo. La primera dificultad que se presenta es la de saber que se entiende por "lugar de trabajo".

Este puede ser definido como la zona en que el obrero se encuentra a órdenes del patrón, pero la definición difiere mucho según las profesiones.

En la mayoría de las industrias, como entre las manufactureras, el "lugar del trabajo" es un sitio determinado que se emplea exclusivamente en vista del objeto perseguido por la empresa como ocurre en un almacén, una fábrica, etc. Mas la zona del riesgo profesional no se debe limitar a la empresa propiamente dicha; en la generalidad se debe extender para englobar todos los lugares que de ella dependen. En ciertas circunstancias el lugar dicho comprende aún los sitios de descanso como los restaurantes, clubes y campos de deporte construídos por el propietario para tomar alimentos, descansar, etc.

Podemos concluir, en síntesis, que para que haya derecho a la indemnización por accidentes del trabajo, en el aparte que nos ocupamos, es preciso entender por campo de laboreo no solo aquel en que se lleva a término la tarea, sino también todo el sitio de la empresa que depende de la autoridad del patrono, y además, aquel en que se produzca el suceso aunque sea independiente de la zona dicha, a condición de que el trabajador haya ido a uno u otro lugar en interés del industrial o por orden de éste.

Tercera.—El accidente de trabajo se caracteriza primordialmente por la relación de causa a efecto que debe existir entre el empleo y aquél.

La importancia de esta relación de causalidad se pone en evidencia con ciertos casos en los cuales el evento se produce fuera del sitio y de las horas del trabajo, pero sin embargo como consecuencia de la actitud del servicio.

Se encuentran situaciones en que a primera vista creemos no hay un verdadero accidente de trabajo pero que estudiada a fondo la cuestión se descubre que sí existe como en una lesión causada por el ataque de un capataz al obrero que está bajo sus órdenes y que no ha ejecutado su labor tal como había sido ordenada. En este caso hay una directa relación de causa a efecto y la mayoría de los países han determinado que se trata de un accidente de trabajo. O el hecho contrario, como cuando un jefe despide un operario y éste ataca a quél produciéndole una lesión; pero para que los acontecimientos anteriores sean considerados como accidentes es preciso que ellos ocurran en el campo del trabajo.

Importante por demás es el caso en que un obrero para adelantar su labor lleva a su domicilio sustancias explosivas y cuando va en camino se produce el estallido de las materias primas para su trabajo. Hay aquí una verdadera relación de causa a efecto y por ello el asalariado herido por tal motivo tiene derecho a la reparación.

Pero si bien es cierto que ocurren los casos anteriores, hay por el contrario otros en que se cree una cosa completamente diferente y que no pueden considerarse como sucesos de esta índole ya que no existe la relación de causa a efecto; tal acontece cuando el trabajador asume la ejecución de un destino que le estaba prohibido o que es completamente diverso de aquél que se le había encomendado.

Si es verdad que dicha relación debe tenerse en cuenta para cubrir las indemnizaciones, no lo es menos que hay sucesos que aunque no la tienen, deben pagarse como en el caso de salvamentos o socorros. En todas las naciones el accidente del cual un obrero es víctima mientras está al servicio de su patrón, por consecuencia de un acto cumplido voluntariamente en casos de urgencia, acto que sale de las atribuciones ordinarias del siniestrado, da lugar a reparación cuando el hecho ha sido cumplido en el interés del empresario.

Hemos narrado los acontecimientos en que no habiendo una relación de causa a efecto hay lugar a cubrir el riesgo porque los actos cumplidos se han llevado a término en favor del industrial.

pero tenemos otros en que ya no existe ese interés, sino el del obrero mismo.

Un grupo importante de accidentes acarreados por un riesgo que no se relaciona mas que en ciertas condiciones con el trabajo, comprende los accidentes provocados por las charlas, molestias o querellas entre los trabajadores. Aunque los sucesos se produzcan en el lugar y en desempeño de la labor, no acaecen por el hecho de este y la relación entre el acontecimiento y el trabajo puede existir en cuanto al tiempo y lugar, pero no en cuanto a la causa. Es difícil de formular una regla general a este respecto, pero se puede dilucidar la cuestión, gracias al desarrollo en la jurisprudencia de la Gran Bretaña.

Los tribunales de esta gran nación decidieron, en los primeros tiempos, que como de acuerdo con el contrato de trabajo y los reglamentos de las empresas se prohibían, ya explícita o implícitamente las charlas y querellas entre los operarios, los que faltaren a la prohibición se exponen de consiguiente a las consecuencias que de ello puedan sobrevenir y por tanto no existe la responsabilidad del industrial. Pero posteriormente y respecto a los aprendices y menores se estableció que como dichas faltas no inherentes a ellos, el riesgo lo debe cubrir el patrón.

Se ve por lo expuesto que la conexión de causa a efecto entre el trabajo y el accidente está sometida a importantes excepciones. La interpretación de este criterio tiende a ser más liberal en razón de la necesidad de tener en cuenta los accidentes que resultan en parte de los riesgos profesionales y en parte de los ordinarios.

SENTIDO DE CULPA

Estudiaremos seguidamente la noción de falta en los accidentes y observaremos los aspectos importantísimos que ella presenta, teniendo en cuenta la falta del trabajador, la del patrón, la de un compañero de trabajo, y por último la falta de un tercero.

El principio del riesgo profesional implica esencialmente que los accidentes originados del trabajo son, por regla general, debidos a los peligros que de él resultan. A pesar de ello la aplicación de este principio no es absoluta. Aún en la concepción más amplia de esta teoría se excluyen de la indemnización ciertos accidentes donde la falta personal del obrero, del patrón o de un tercero es

tan manifiesta que el suceso no debiera imputarse a la objetiva de la industria.

El desenvolvimiento de esta cuestión sólo se ha hecho de manera paulatina; la acogida al principio enunciado constituye la primera etapa. No únicamente se ha admitido el hecho de que un gran número de accidentes puedan producirse sin que haya falta de ninguno y como consecuencia de ciertas operaciones industriales, sino que aún más, se ha llegado a la conclusión de que por este motivo la responsabilidad debe imputarse a la empresa y no al trabajador.

Falta del obrero.—La mayoría de las legislaciones prevén ciertos casos de culpa del obrero, ya negándole el derecho a la reparación, ora reduciéndole el monto de ésta. Ellas varían según la manera de apreciar la gravedad de la falta y por tanto es conveniente examinar tales disposiciones según la magnitud decreciente de las culpas, de acuerdo con los siguientes principios:

- a). Accidente intencionalmente producido;
- b). Crimen o delito;
- c). Falta excusable;
- d). Infracción a los reglamentos; y
- e). Negligencia grave y negligencia general.

Accidente intencionalmente producido.—Las lesiones intencionalmente provocadas para obtener por fraude una indemnización, están excluidas del beneficio del riesgo profesional. En un sentido general un accidente es un acontecimiento que el operario no aguarda ni desea; una lesión voluntaria no podría pues englobarse aún en las definiciones más amplias, y por esta razón los accidentes pertenecientes a este género, si así se les puede llamar, no están amparados por las disposiciones legales que regulan la materia.

Sin embargo todas las leyes no excluyen las averías orgánicas que la víctima se haya infringido intencionalmente. La ley italiana determina que si el empresario ha pagado uno de estos accidentes no tendrá derecho a entablar acción judicial ninguna contra él. Otra reduce el monto de la indemnización, y por último, hay algunas que determinan que sólo en caso de muerte producida voluntariamente es necesario cubrir a los beneficiarios o herederos el seguro de vida.

Crimen o delito.—La mayoría de los códigos sociales excluyen, en la definición misma del accidente, el provocado por los

parientes del trabajador quienes exponen a éste al riesgo, o lo provocan intencionalmente, con el fin exclusivo de recibir el monto de la indemnización. Lo anterior se ha determinado así porque ello se considera como un crimen o delito que no se puede premiar, sino en cambio, castigar.

Los accidentes que pueden ser atribuidos a un crimen o delito se excluyen por un gran número de países, tales como Cuba, Panamá, Argentina y Chile. Cláusulas especiales atenúan algunas veces el rigor del principio enunciado exigiendo para privar totalmente al trabajador del derecho que pudiera corresponderle, que el accidente haya sido doloso, intencional y que estas circunstancias se comprueben en juicio.

Falta excusable.—De acuerdo con la jurisprudencia no se entiende por falta inexcusable una imprudencia ligera, caso que es amparado por la ley. La "falta inexcusable" es pues algo más, a saber, una culpa excepcionalmente grave; o mejor, como a dicho la Oficina Internacional del Trabajo: "La falta más alta en la escala de las faltas". Los criterios, gracias a los cuales se puede reconocer que haya "falta inexcusable", son la voluntad consciente y la intención del trabajador para provocar el accidente mismo. La desatención, el olvido, la imprudencia, el temor, la curiosidad, etc., no se consideran como de este género ya que se estima que ellas son inherentes a la naturaleza humana. Aún más, las infracciones a los reglamentos no constituyen a priori una falta inexcusable. Dicha infracción no reviste tal carácter sino en el caso en que el empleado desee violar las reglas como cuando provoca un accidente cumpliendo un acto que le estaba prohibido u obra en estado de embriaguez.

Infracción a los reglamentos.—La violación de los estatutos internos de las empresas no constituye en sí misma una falta grave y voluntaria ni una inexcusable. Sería más exacto decir que es la fuente de la principal categoría de culpa. Sólo en pocos países las leyes sobre accidentes rehusan las indemnizaciones cuando aquellos han sido acarreados por una infracción de esta categoría. Las leyes del Brasil, Uruguay, Argentina y Colombia rechazan las indemnizaciones si los accidentes se provocan por violación a los reglamentos, a actos de desobediencia, o a faltas voluntarias.

La embriaguez constituye una categoría especial de falta en Francia y en algunos países anglo-sajones y en ciertos casos se considera como culpa grave y voluntaria o como una falta inexcusable.

Por último algunos códigos contienen disposiciones sobre la embriaguez reduciendo el monto de la indemnización o rechazándola por completo cuando la lesión se produce por dicho motivo.

Negligencia grave o negligencia general.—En lo que concierne a la negligencia grave es preciso anotar que en este caso el operario no es despojado por completo de la indemnización, en virtud de los sistemas de seguro obligatorio contra los accidentes. En los primeros tiempos todas las leyes rechazaban los derechos en las referidas circunstancias, pero esta concepción ha sido abandonada. Únicamente quedan muy pocos estados que siguen el antiguo criterio, a saber: Colombia, Ecuador, Argentina y Chile.

Por lo expuesto se constata que los casos de falta del trabajador pueden clasificarse en dos grupos: existen primeramente lesiones que la víctima se infringe intencionalmente y los accidentes provocados por un acto criminal o por una falta. Ellos están más o menos excluidos del derecho a la reparación; pero en lo que concierne a todas las otras categorías de culpas hay diferencias importantes entre las diversas leyes.

Concluiremos diciendo que el excluir del derecho a indemnizar los accidentes que pueden ser atribuidos a la negligencia, es hoy una excepción más que una regla. En efecto, es evidente que los códigos que formulan este criterio están especialmente fundamentados sobre un compromiso entre la concepción antigua de la responsabilidad subjetiva y el principio del riesgo profesional, que es la base del sistema moderno de la indemnización.

FALTA DEL PATRON

El trabajador, en la legislación común, sólo tenía derecho a la reparación integral cuando era el empresario causante de la culpa. Aplicando el sistema del riesgo profesional la falta cometida por el patrón, entendiéndose por ella la subjetiva, fue reemplazada por la objetiva de la industria o empresa y el beneficio fue parcial en lugar de total.

Si la falta del obrero es castigada con una disminución al serle reparado el accidente, debemos concluir que la del empresario, con igualdad de circunstancias, debe provocar un acrecimiento en la indemnización del asalariado. Pero relacionando los dos conceptos, el derecho común y el que se desprende de la reparación por accidente de trabajo, debemos tener en cuenta que en este ca-

so el trabajador tiene perfecto derecho a escoger ambas indemnizaciones tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que atrás transcribimos. Sólo en Francia y en un pequeño número de países, se excluye de manera explícita el derecho de la víctima a la opción.

Existen muy variados sistemas para resolver el problema cuestionado:

Hay legislaciones que permiten ejercer ambos derechos;

Otras que facultan al trabajador para elegir entre las dos prerrogativas;

Un tercero que sólo permite a la víctima acogerse a la ley sobre accidentes;

Por último, hay uno que autoriza al interesado reclamar su indemnización a la compañía aseguradora de la empresa, pudiendo perseguir al industrial para que lo repare, en conformidad con el derecho común. El asegurador tiene a la vez el derecho de repetir lo pagado contra el empleador.

LA FALTA DE UN COMPAÑERO Y DE UN TERCERO EXTRAÑO A EL

Estudiados como están los anteriores conceptos, que constituyen dos grandes grupos en la indemnización por accidentes de trabajo y la aplicación de las reglas del derecho común, veamos en seguida las faltas de un compañero de trabajo y de una persona extraña a la labor.

Antiguamente, cuando no existía legislación alguna especial para la reparación de accidentes, se estipulaba en el derecho común que el acontecimiento sobrevenido a consecuencia de un compañero de trabajo no daba al operario derecho alguno a reclamar de la empresa. Con las leyes sobre accidentes y la aplicación del principio del riesgo profesional, el sistema ha sufrido modificaciones asáz sustanciales, por considerar que en medio de una agrupación numerosa que el empresario ha provocado, el riesgo aumenta y, que habiendo sido él quien buscó y ocupó todo el personal es la persona que debe correr con los riesgos que sobrevengan a los trabajadores a consecuencia de una falta del compañero de servicio. Los camaradas de labor no son extraños a la empresa. Pero lo anterior presenta algunas dificultades como ocurre en el

caso de que el hecho sea provocado intencionalmente por el compañero, y el lugar en que el suceso acaezca. Debemos, pues, tener en cuenta los principios que sobre el particular enunciarnos al iniciar la segunda parte de la presente tesis.

La cuestión de los accidentes debidos a la falta de un tercero ajeno a la empresa, es muy diferente a lo anterior. En general las leyes no abarcan esta clase de riesgos.

Sólo cuando se emplea el sistema de seguro colectivo en las compañías que tienen estos fines, se estipula que el riesgo cubre los accidentes provocados por un tercero, como sucede en Argentina y en Alemania.

Diremos que ciertas legislaciones tratan los accidentes imputables a la falta de un compañero de trabajo como una categoría especial de ellos. Las reglas contenidas en diferentes disposiciones sobre la nó responsabilidad por la lesión que es debida a un tercero extraño al trabajo, tratan de salvaguardar los intereses del patrono y de las compañías aseguradoras, a los cuales no se puede exigir que asuman íntegramente las consecuencias de un riesgo proveniente de esta clase de personas.

FORMA DE INDEMNIZACION

El valor de la indemnización depende nó únicamente de su monto, sino también y en cierta forma, de la medida sobre la cual el pago debe ser hecho a los beneficiarios. El beneficio puede revestir dos formas: los pagos periódicos llamados rentas, o una suma global.

La indemnización debe ser apreciada teniendo en cuenta el interés de los beneficiarios, del patrón y de las ventajas en la práctica administrativa, como también las diversas clases de incapacidad que pueden dividirse en:

Indemnización en caso de muerte.—En caso de accidente que produzca el fallecimiento de la víctima, la reparación puede ser global o en forma de renta.

En el pago total se corre el peligro de que beneficiarios sin experiencia alguna, dilapiden de una vez por todas el monto de la indemnización, muchas ocasiones en asuntos superfluos y de consiguiente vendría la catástrofe y la carga de la sociedad al sostener un número crecido de herederos que en la generalidad de los casos dependen del salario del trabajador. Consecuencia casi ineludible de

lo expuesto sería el hecho que la caridad o beneficencia públicas tuvieran que hacerse cargo de un gran número de personas, por la falta de previsión en el gasto del reconocimiento hecho por el empresario. Pero otras veces ocurre perfectamente lo contrario y el sistema de indemnización global es muy conveniente, tal acontece en liberar un bien de una hipoteca o cualquier otro gravámen, pagar una deuda que de lo contrario traería como consecuencia inevitable la pérdida total o parcial de los pocos bienes que puedan quedar a los herederos del operario fallecido; o emplear la suma en algo productivo para asegurar la educación de los niños. Creo que el sistema más adecuado es el combinar los ya descritos, pagando de una vez la mitad de la indemnización y seguir cubriendo el resto por contados no menores de lo que devenga el obrero cada semana, teniendo sí en cuenta, las circunstancias de los beneficiarios en cada caso.

Indemnización en caso de incapacidad temporal.—Todas las legislaciones agrupan en esta clase de incapacidades aquellas de las cuales el siniestrado no queda con ninguna disminución de su capacidad productiva, es decir, las que después de un tiempo más o menos largo se curan radicalmente.

El sistema de pago en estas lesiones, el más aconsejable, es el de la renta. Es un sistema simple que se justifique para atender a las necesidades de familia, y como no es posible prever el tiempo que dure la incapacidad, para cubrir la suma total, nos parece lo más conveniente su empleo.

Indemnización en caso de incapacidad permanente parcial.—Se siguen empleando, indistintamente, cualquiera de los sistemas adoptados. Nosotros creemos sin embargo que es preciso distinguir entre una disminución de capacidad obrera leve y una grave.

Ejemplo de la primera puede ser la pérdida de un dedo y de la segunda, la de una mano o dos.

En el primer caso será preferible adoptar el criterio de la renta por las razones anotadas arriba en la incapacidad temporal. Mientras el operario se repone un poco de su lesión, aguza un mayor entendimiento para suplir la falta de un dedo, estudia nuevos trabajos para los cuales no le sea absolutamente indispensable el órgano lesionado, debe recibir la indemnización por partes y no de una vez.

En cuanto al segundo ejemplo se emplean las formas descritas, teniendo en consideración los inconvenientes y ventajas de ca-

da una. Nosotros adoptaremos la norma seguida en caso de fallecimiento y la cual ya estudiamos brevemente.

CLASIFICACION DE INCAPACIDADES

Las incapacidades para el trabajo determinadas por causa de los accidentes pueden dividirse en cuatro:

- Incapacidad permanente total;
- Incapacidad permanente parcial;
- Incapacidad temporal total;
- Incapacidad temporal parcial.

La incapacidad se llama permanente cuando después de efectuada la curación y consolidación, queda como consecuencia del accidente una reducción definitiva de la capacidad de trabajo. La asistencia médica cesa y la forma y monto de la indemnización cambian. La incapacidad permanente puede ser total o parcial: es lo primero cuando el trabajador se considera imposibilitado de ejercer regularmente una ocupación en la cual pueda ganar algún salario. Ejemplo de ésta es la pérdida de dos brazos o dos ojos. Es parcial cuando el siniestrado es capaz de ganar un salario más o menos reducido a consecuencia del accidente, sea en la profesión que ocupaba o en otra distinta.

La incapacidad es temporal cuando en razón misma de la naturaleza de la lesión hay lugar a pensar que transcurrido un período más o menos largo, el restablecimiento será completo y la víctima no quedará con disminución de su capacidad productiva.

Es bastante difícil determinar el carácter de temporal en una avería orgánica. Si se trata de mutilaciones graves como la pérdida de un ojo, de una pierna o de un brazo, es a menudo imposible prever el desarrollo de la lesión y en muchas ocasiones puede el período de consolidación prolongarse hasta muchos años.

El legislador, cuidadoso de salvaguardar los derechos del obrero víctima del accidente, pero convencido a la vez de la utilidad en una fijación rápida de las obligaciones de empresarios y aseguradores, prevé una tregua arbitraria más allá de la cual la incapacidad se considera como terminada, y puede, o bien haber desaparecido por completo o ser calificada de permanente.

Las legislaciones de los diferentes países pueden dividirse, para efecto de las clasificaciones, en tres grupos:

Primero.—Las que reconocen la incapacidad permanente to-

tal, la permanente parcial y la temporal total;

Segundo.—Las que reconocen la incapacidad permanente total, la permanente parcial, la temporal total y la temporal parcial; y

Tercero.—Las que reconocen las incapacidades parcial y total.

El primer grupo de legislaciones es el más numeroso y comprende, entre otros países los siguientes: Bolivia, Ecuador, Alemania, España, Argentina, Chile, Francia, Cuba, Panamá e Italia. Esta diferenciación de incapacidades ha sido la acogida en las diversas Conferencias Internacionales del Trabajo.

VALUACION DEL PERJUICIO

Con el fin de proporcionar la indemnización al perjuicio sufrido por causa del accidente es preciso evaluarlo, y para ello tendrá que tenerse en cuenta la disminución de capacidad "obrero".

Estudiaremos, pues, las bases de evaluación considerando la invalidez física, la incapacidad profesional, y los métodos de evaluación.

Invalidez física.—La invalidez ha sido calculada de manera absoluta por relación a la habilidad normal. Un coeficiente se atribuye a cada órgano o cada función para relacionarlo por la semejanza de la economía física del individuo adulto. El valor de cada órgano se estima para el efecto de reparar el accidente del trabajo, independientemente de la profesión que tiene el asalariado. La pérdida de un ojo, por ejemplo, es avaluada del mismo modo para un relojero que para un agricultor. Este sistema fue siempre aplicado para la fijación de las pensiones de guerra a las personas que quedaran lesionadas por sus consecuencias. Pero es evidente que el daño físico se diferencia del económico y que conviene buscar otra base para determinar la reparación en las lesiones accidentales.

Incapacidad profesional.—Las incapacidades de esta clase se avalúan teniendo exclusivamente en cuenta las consecuencias del accidente en la tarea que el trabajador desarrolla.

Lesiones idénticas pueden producir incapacidades desde todo punto distintas, según las profesiones. La parte del brazo que obliga al albañil a cambiar de oficio, es sin duda más grave en este operario que en un cartero. La profesión habitual constituye un elemento importante para determinar el grado de disminución en

la capacidad productiva principalmente cuando se trata de obreros en edad avanzada; pero ella no se acepta como base única de evaluación, ya que el legislador ha estimado que el empleado víctima de un accidente tiene la obligación de utilizar todas las posibilidades de la actividad que le quedan aunque deba cambiar de oficio.

METODOS DE EVALUACION

Estos varían de acuerdo con la trascendencia y modalidad de las incapacidades surgidas:

Monto de la indemnización en caso de incapacidad permanente total.—En este caso el perjuicio sufrido es equivalente al total de los salarios que habría recibido la víctima en el curso de su vida profesional. Para calcular dicho monto se tiene en cuenta la edad del accidentado, sus condiciones de salud y por último, su vida probable. El pago se hace de acuerdo con dos sistemas: una suma global y una renta anual. En el primer caso la mayoría de las naciones reconocen al obrero una cantidad equivalente a tres años de salario, y en el segundo, las dos terceras partes del jornal o sueldo por todo el tiempo de vida que le resta al trabajador. En el primero puede presentarse el hecho de ser más satisfactorio en un operario de edad avanzada, no así en el segundo. En todo caso consideramos que el pago de las dos terceras partes es más bienhechor por motivos que a nadie escapan.

Monto de indemnización en caso de incapacidad permanente parcial.—Para cubrir ésta se emplean los sistemas ya descritos en el párrafo anterior, pero es preciso tener en cuenta que la suma global y la renta varían en consideración a que en el primer caso, o sea en la incapacidad total, el obrero queda prácticamente imposibilitado para toda labor, mientras que en la incapacidad parcial puede dedicarse a otra clase de trabajos y ganar un salario, que si bien es cierto puede ser inferior al devengado antes del accidente, no lo es menos que con el pago de la renta y lo que gane en su nuevo oficio, completa su antiguo jornal.

En vista de estas circunstancias las legislaciones han fijado una renta mucho menor para esta clase de incapacidades que generalmente es la mitad o un tercio del salario que se recibía.

Para valorar el monto de una suma global, las diferentes legislaciones han fijado cuadros de apreciación, en los que se especifica que a la pérdida de un ochenta por ciento (80%) de capa-

— 129

cidad obrera, por ejemplo, corresponde tantos meses de salario, y así se va rebajando paulatinamente según la gravedad de la lesión.

Monto de la indemnización en caso de incapacidad temporal.—En esta se paga generalmente al accidentado, fuera de la asistencia médica, que estudiaremos a continuación, la mitad o los dos tercios partes del salario. Sólo existe el sistema de renta, como ya vimos, porque el calcular la suma global es bastante difícil en este género de accidentes que tienen una duración más o menos prolongada. No se cubre al asalariado el jornal íntegro, pues se considera que aquél tuvo alguna parte de culpa en el suceso, como también para evitar incapacidad simulada.

Monto de la indemnización para accidentados que tienen necesidad de la asistencia permanente de una tercera persona.—Existen accidentes muy graves que requieren la asistencia de otra persona que acompaña al siniestrado aún en sus necesidades más íntimas. La indemnización requiere no sólo el pago de la incapacidad sobrevenida al operario, sino de la suma que debe cubrirse a la persona que necesita el obrero. Parece pues justificarse una indemnización de este género, por razones de índole jurídica, económica y por elementales nociones de humanidad. Pero apesar de ello este perfecto sistema no existe sino en muy pocos países.

ASISTENCIA MEDICA

Prestación, quizás la más importante en el tema que esbozamos, es la de la asistencia médica para los trabajadores que han sufrido accidentes.

Analizaremos en este capítulo los auxilios médicos en general, los elementos que los informan, la asistencia médica propiamente dicha, la prótesis y la reeducación profesional, sus límites y por último su organización.

Auxilios médicos.—Los accidentes de trabajo exigen siempre la asistencia médica que tiene por fin primordial salvaguardar hasta donde sea posible la integridad física del trabajador para suprimir o atenuar las incapacidades que resultan del siniestro.

La prestación de estos servicios es pues de suma importancia para el accidentado, que tiene el deseo de curar y entregarse de nuevo a su trabajo, para el empresario y asegurador, pues las cargas serán mucho mas suaves mientras la incapacidad sea menos fuerte y, por último, para la sociedad que necesita conservar la

mayor parte posible de fuerza productiva y de aligerar el gravamen colectivo que resulta de la asistencia de inválidos.

Anotaremos que, salvo algunas excepciones, la asistencia médica constituye un elemento normal en la reparación por accidentes de trabajo, un derecho para el obrero y de consiguiente una obligación para el empresario. Algunos países cuya legislación sobre el particular está basada en la ley inglesa de 1906, no reconocen este elemental deber de humanidad y suprimen de las indemnizaciones los servicios acotados. La Gran Bretaña consideró que la mentada ley era desde todo punto de vista injusta al privar al lesionado de tales derechos y completó su legislación con el organismo de seguro por enfermedad, el que suministra a los accidentados de trabajo un perfecto auxilio de medicina.

Elementos de la asistencia médica.—Tiene esta los siguientes elementos: los primeros cuidados, el suministro de todos los medicamentos, el tratamiento por un médico no especializado en determinada cuestión, el tratamiento en un hospital, el tratamiento por un especialista y los tratamientos termal, electroterápico, etc.

La asistencia médica propiamente dicha.—El examen de las distintas legislaciones demuestra que aunque la prestación de los servicios médicos es un derecho que tiene el trabajador, ella es muy variada y aún los organismos encargados de que dicho derecho no se malogre, le han dado diversas interpretaciones en un mismo país. Los primeros recursos médicos son de una vital importancia. La gravedad de las consecuencias en un accidente dependen de la manera como la lesión ha sido tratada desde su comienzo. Es evidente que una avería de este género, a la cual no se le ha puesto cuidado desde que se inicia, puede tener consecuencias desgraciadas que repercuten en contra del empresario, del trabajador y de la sociedad; si hay una prestación del servicio médico inmediata, las consecuencias se atenúan o cesan y la ganancia de los interesados es indiscutible.

Es tan urgente, sagrado y fundamental esta clase de auxilios que nuestro Departamento Nacional del Trabajo no permite siquiera que el empresario discuta culpa o responsabilidad por parte del obrero, a fin de eludirse la prestación de la mentada garantía. (V. doctrina de 26 de octubre de 1936).

El tratamiento de un practicante no especializado y el suministro de drogas, se constata en la mayor parte de las leyes que reglan esta materia, y aunque este servicio está claramente deter-

tinado, es evidente que el comprende el quirúrgico cuando el caso así lo requiere. La prestación de un médico especialista y los particulares tratamientos, no son considerados generalmente como derechos del trabajador. Sin embargo en los últimos tiempos se le ha dado grande importancia a ello y las compañías aseguradoras se encargan de hacerlo para reducir, hasta donde sea posible, las consecuencias del acontecimiento. La hospitalización es a menudo indispensable y ella está provista en la mayoría de los códigos, pero cuando ocurre, surge el problema de ver si durante el tiempo de la hospitalización debe reconocerse al obrero una parte de su salario o este debe ser suprimido por entero:

El salario se suprime completamente, cuando el trabajador no tiene a su cuidado las cargas de familia. Ha sido ésta la solución en Hungría, Polonia, Finlandia, Alemania y la parte que hoy queda de Checoslovaquia.

La indemnización se reduce, sea que el accidentado tenga o nó a su cuidado el sostenimiento de su hogar, en Bulgaria, Suecia, Dinamarca y Suiza.

En casi todas las demás naciones las leyes no tienen disposición alguna al respecto, pero parece que todas aceptan una disminución parcial cuando el siniestrado se halla en un hospital por cuenta de su patrón.

La prótesis y la reeducación profesional.—Un gran número de accidentados se encuentran en la imposibilidad de ejercer actividad alguna sin el concurso de aparatos de hortopedia o prótesis y sin haber tenido una readaptación o reeducación profesionales.

El sistema anotado adquirió gran trascendencia pasada la Guerra Europea y se hicieron múltiples esfuerzos en este sentido, muy especialmente en Bélgica. La hecatombe mundial ha aumentado considerablemente el número de inválidos y más de una decena de millones de hombres, en general jóvenes y dedicados al trabajo se hallan con su integridad orgánica recortada.

Surgió entonces el gravísimo problema de los desocupados con motivo de las mutilaciones que sufrieron los operarios en la guerra, y los Gobiernos, Parlamentos y opinión pública buscaron la manera de readaptar a los lesionados y hacerlos útiles en diferentes industrias. La prótesis y la reeducación, en un principio empíricas, dejaron de serlo y Europa entera vió con asombro el avance indiscutible de estas ramas de la ciencia médica. En cada país se crearon escuelas de readaptación gracias al concurso del

Estado y de las Asociaciones de empresarios y trabajadores. El progreso técnico y científico se completó con el jurídico y legislativo. La prótesis y la reeducación se consideraron de ahí en adelante como un elemento indispensable en la reparación de accidentes del trabajo, como una obligación del empresario y del Estado y como un derecho de las víctimas.

Los resultados de esta medida han dado lugar a múltiples controversias, pero el esfuerzo ha dado pingües rendimientos y hoy, millones de hombres que anteriormente no servían para el trabajo, han aprendido una serie de oficios que les son suficientes para ganarse la vida.

Casi todas las leyes sobre accidentes ignoran la reeducación profesional y la prótesis, no constituyendo un derecho para el damnificado ni obligación alguna para el industrial. A pesar de ello en un pequeño número de naciones tales ciencias han hecho, como lo dijimos anteriormente, grandes progresos con la ayuda del legislador y con la iniciativa de potentes compañías aseguradoras.

Analicemos ahora diversas legislaciones sobre accidentes de trabajo para concluir que la organización sobre prótesis y reeducación apenas si se ha esbozado:

Alemania.—La ley federal sobre los seguros sociales no impone a las instituciones de seguros contra los accidentes la obligación de reconocer o de cubrir los gastos que demanda la reeducación profesional. Pero sea de ello lo que fuere, el artículo 843 del Código Federal sobre la materia otorga a las corporaciones encargadas de organizar el seguro, la facultad de distribuir empleos a las víctimas. En virtud de esta disposición los estatutos de tales entidades han previsto las medidas propias tendientes a facilitar la organización de cursos de reeducación, como la institución de escuelas permanentes para ciertas ramas de la industria.

Un gran número de Liceos han sido fundados por corporaciones profesionales. Ellas forman en la generalidad de los casos secciones especiales para grandes centros quirúrgicos de ortopedia y laboratorios de readaptación.

La ley federal del 5 de abril de 1.920 sobre el empleo obligatorio de los inválidos en las empresas privadas y en los servicios públicos, que los obliga a emplear un determinado porcentaje de los mutilados a consecuencia de la última guerra mundial, es aplicada también a las víctimas por accidente; en vista de esta disposición ha sido necesario darle un mayor impulso a las presentes

materias. A principios del año de 1922 las instituciones encargadas del seguro contra los accidentes hacían un contrato con las oficinas regionales de asistencia para los inválidos de la guerra. Teniendo en cuenta este compromiso tales oficinas se encargan de asegurar la reeducación de los accidentados en el trabajo, en las mismas condiciones que lo venían haciendo para los demás lesionados.

Con el fin de disminuir los grandes gastos y aunar esfuerzos, el contrato citado prevé que en caso de existir en un mismo lugar oficinas regionales y corporaciones profesionales se compacten en una misma dirección. Con ello se ha asegurado permanentemente las instituciones a que venimos refiriéndonos y de esa manera se alcanza una asistencia plena para los obreros que sufran accidentes.

Italia.—La ley de esta Nación no contiene entre sus estatutos legislativos sobre accidentes ninguna disposición que obligue a los industriales a suministrar al damnificado la readaptación profesional. Sin embargo la más grande compañía de seguros contra accidentes ha decidido tomar a su cargo esta obligación y para tal fin hizo un contrato con el Instituto de Reeducación Física y Profesional de Pescia, en virtud del cual esta última organización se encarga de hospitalizar los accidentados que le envía la primera Compañía, dándoles los primeros cuidados médicos y quirúrgicos, como todos los aparatos de prótesis y la dirección de un aprendizaje para cualquier oficio.

España.—La ley del 10 de enero de 1922 sobre accidentes de trabajo, dispone que los obreros puedan reclamar el beneficio de la reeducación y que el Ministerio del Ramo organizará un servicio especial de esta clase que permita a los trabajadores desempeñar una labor que les sea suficiente para ganarse la vida. El Decreto Real del 4 de marzo del citado año ha creado un Instituto especial en cumplimiento de la Ley. Este organismo es oficial, autónomo y está colocado bajo el control del Ministro de Trabajo; su sede se halla en Madrid y tiene la facultad de crear instituciones seccionales. Después de la caída de la Monarquía sigue funcionando con espléndido resultado. La Asociación asegura la readaptación profesional de los inválidos y además protege a los reeducados al crear clínicas que expide publicaciones gratuitas, servicios de hortopedia, de prótesis y talleres de acondicionamiento.

Francia.—La legislación de Francia no tiene disposición algu-

na relativa al tema que nos ocupa. Apesar de ello una ley del 5 de mayo de 1924 determina que los mutilados a consecuencia de accidentes de trabajo pueden ser admitidos en las escuelas y demás centros que han asegurado la reeducación de los inválidos de la guerra, a condición de que paguen pensiones mensuales de acuerdo con el jornal de cada operario. El patrón que desee servirse de tales institutos no podrá, en ningún caso, descontarle al siniestrado lo que tenga que pagar por la razón dicha.

Estados Unidos.—La organización de esta clase de servicios comenzó antes de la guerra. La mayoría de los Estados que integran dicha nación han aprobado leyes especiales sobre el particular. La ley federal del 2 de junio de 1920 tiene por fin propender a la reeducación profesional de las personas que en razón de defectos físicos, o de una disminución de capacidad, bien sea congénita, o contraída a consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad, prive al trabajador, parcial o totalmente de sus aptitudes para la labor. El total de las subvenciones federales ha sido fijado en setecientos cincuenta mil dólares para 1921 y de un millón para los años siguientes. El aporte de los distintos estados se hace a prorrata de su población, pero en ningún caso puede ser inferior a cinco mil dólares.

El examen comparativo hecho anteriormente demuestra que la organización de la materia esbozada, en la mayoría de los países, apenas ha comenzado y que su desarrollo ha sido muy lento debido a las dificultades que presenta la reparación equitativa de las cargas financieras y la realización de un organismo técnico. Los aparatos de prótesis y ortopedia son de precios muy elevados; la reeducación que puede durar de seis meses a dos años, necesita gastos cuantiosos sea para entrenar al accidentado, bien para el aprendizaje propiamente dicho.

La reeducación profesional y el suministro de aparatos puede ser considerado como un elemento de reparación, un derecho que tiene el personal laborante. Pero el patrón que soporta los gastos de esta obra destinada a atenuar el perjuicio, tendrá la facultad de solicitar que se les tenga en cuenta al determinar el grado de incapacidad y al fijar definitivamente la indemnización.

Si bien es cierto que el sistema descrito parece a simple vista el más lógico y el más equitativo, no debemos considerarlo sólo desde este punto de vista, pues él ofrece serias dificultades: deja en suspenso, en muchos casos y durante un tiempo bastante largo,

la indemnización que debe recibir el operario; se provoca la desconfianza de la masa trabajadora, ignorante en la mayoría de las veces, a la vista de estos elementos nuevos de reparación. Es un hecho práctico que los inválidos de la guerra, aunque se les suministra gratuitamente esta asistencia se han mostrado hostiles a ella hasta el punto de que ha habido una necesidad imperiosa en que los gobiernos, por medio de sus órganos de publicidad, se empeñan en una propaganda continua para que los mutilados reciban éstos tratamientos y además, se han dictado leyes especiales que determinan claramente, en caso de que los inválidos se sometan a la reeducación, el no descontarles por ningún motivo las pensiones a que tienen derecho.

Y si el problema financiero ofrece serias dificultades, no son menos las que el técnico ofrece. El suministro y reparación de aparatos de prótesis y hortopedia exigen una permanente organización y una constante colaboración de técnicos y médicos especializados para la escogencia de los mejores tipos aparentes para cada caso, y para la orientación de los lesionados en las nuevas profesiones que deban emprender.

El problema es relativamente fácil de resolver en los países donde existe el seguro obligatorio y donde él es confiado a grandes casas capaces de crear instituciones de este género. Es por ello como la reeducación profesional ha tenido éxito completo en Alemania y Checoslovaquia. No sucede lo mismo en los países donde el seguro es libre y el número de trabajadores no asegurados es considerable. En estos casos la sola autoridad capaz de llevar a feliz término una organización de esta índole es el Estado o instituciones autónomas de derecho público colocadas bajo el control de aquél. Es ésta la solución adoptada en los Estados Unidos, en España y esbozada en Francia.

Límite de la asistencia médica.—La asistencia médica sólo debería terminar cuando la consolidación de las lesiones se efectúe. Pero casi todos los códigos fijan un límite hasta el cual deben durar los cuidados médicos y hasta donde las obligaciones del patrón o asegurador cesan. El término más generalizado es el de un año desde la fecha en que sucede el accidente. En Chile, España, Bolivia, Cuba, Ecuador, Argentina y Brasil se señala dicho período.

Vemos que el fin de la asistencia se constata en las naciones en que el seguro es facultativo, con el objeto de proteger al patrón no asegurado, el cual, por no existir grandes instituciones de esta clase, se verá siempre expuesto a cuantiosas cargas durante

muchos años y a gastos que no le es posible controlar sin recurrir a una gravosa investigación médica.

Fuera de ello lo que sea, debemos reconocer que en ciertos casos de accidentes graves y prolongados la no prestación del tratamiento y asistencia médica impone al obrero cargas desproporcionadas con sus recursos, que comprometen las oportunidades de un restablecimiento.

Organización de la asistencia médica.—La asistencia está a cargo del empresario cuando él no ha traspasado el riesgo a una compañía aseguradora o a cargo de ésta en caso contrario. Las formas que reviste dicha asistencia dependen en primer lugar de la solución que se ha dado en las distintas leyes a la elección del facultativo, del servicio hospitalario, del servicio de farmacia, etc.

La escogencia de estos servicios ha sido un problema que da lugar a infinidad de controversias, pues unos sostienen que se debe dejar en libertad al empresario y otros que es preciso que el accidentado sea el que tenga la libre elección. Los argumentos de los sostenedores de una y otra teoría tienen fundamentos serios para defenderlas y aún no ha sido posible llegar a un acuerdo en este particular. Creemos más conveniente para nuestro medio, dejar al industrial la libre determinación del tratamiento médico en general, ya que la práctica obtenida nos permite concluir que las empresas colombianas no tienen ningún interés en suprimir o acortar estos servicios cuando ven que la incapacidad de un trabajador puede prolongarse.

Existe además la gran ventaja de que nuestros médicos tienen un gran sentido de su responsabilidad y no darán un diagnóstico de curación o restablecimiento por el sólo hecho de depender de una empresa. Para ellos es más importante la salud del lesionado que el puesto que ocupan. Es necesario tener en cuenta, también, que los servicios hospitalarios, en la mayoría de los casos, es hecho en instituciones donde el Gobierno tiene un control efectivo y donde los médicos jefes son nombrados por él, o con su intervención.

En casos de diferencia entre la víctima y el empresario, podríamos darle la solución consistente en que un médico legista, o en su defecto, cualquiera otro que tenga el carácter de oficial, dirimiera el conflicto dictaminando si el accidentado está o no re- puesto completamente de su dolencia y si los servicios se prestan eficientemente.

Carlos Restrepo Restrepo

DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

(Capítulo de la obra que aparecerá próximamente "Principios Fundamentales del Derecho Administrativo").

SUMARIO.—106.—El acto jurídico en general.—107.—Actos administrativos. — 108.—El reglamento.—109.—La decisión ejecutoria.—110.—La ejecución.—111.—Todo acto administrativo es un fenómeno jurídico complejo.—112.—Clasificación de los actos jurídicos por Jéze.—113.—Clasificación de Duguit.—114.—Reducción de los actos administrativos a actos-reglas y actos-condiciones.—115.—El reglamento es diferente de la ley.—116.—Cómo sostiene Duguit su identificación del reglamento y de la ley.—117.—La tesis duguitiana es esencialmente formalista.—118.—Los reglamentos de policía y los de los servicios públicos no son leyes en un sentido material.—119.—Elementos del acto jurídico administrativo: a). Manifestación o declaración de voluntad; b). Capacidad

o competencia; c). Objeto; d). Fin determinante; e). Situación jurídica consecutiva al acto.—120.—División de los actos administrativos en de autoridad y de gestión, y rechazo de ella.—121.—Modificaciones aportadas a la anterior división por Berthélemy.—122.—Razones en que basan la refutación de tal división Jéze y Duguit.—123.—La distinción no puede ser hecha porque todo acto de la administración debè estar dominado por la idea del interés público.—124 A veces la admimnistración emplea en sus actos las formas del derecho privado.—125.—No existen los llamados actos discrecionales.—126.—Poder discrecional.—127.—Competencia obligada.—128.—Potestad reglamentaria.—129.—El poder de dictar reglamentos no se origina en una delegación de poderes hecha por órganos del poder público de otra categoría en favor de la administración.—130.—Importancia del poder reglamentario.—131.—Existe una clase de poder reglamentario que compete a todo jefe de una jerarquía administrativa.—132.—División del poder reglamentario en orgánico y general.—133.—El poder reglamentario en el nuevo Reich.—134. Extensión del poder reglamentario bajo el estado de sitio.—135.—La legalidad de la administración sufre una ampliación durante el estado de sitio.—136.—Otros casos de ampliación de la legalidad.—137.—La competencia de los funcionarios o entidades administrativas puede estar limitada a una determinada clase de actos.—138.—El efecto de la teoría de los actos administrativos sobre la doctrina de la separación de los poderes.

106.—Todo fenómeno que cause consecuencias jurídicas es un hecho jurídico. Pero ese fenómeno puede ser un hecho natural que resulte del desarrollo de una ley física o provenir de la voluntad del hombre, y aunque en ambos casos afecta a éste como sujeto de derecho, sólo en el último caso se trata de un acto jurídico, que puede definirse, de acuerdo con Duguit, diciendo que es toda manifestación de voluntad que tiene por objeto aportar una modificación al orden jurídico.

Los actos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos, ser ejecutados conforme a la regla de derecho objetivo y en ejercicio de un derecho subjetivo o nó, y en este caso el acto es incapaz de producir los efectos queridos por el agente; es por lo tanto anulable, pero además nace a cargo de quien lo ha ejecutado la obligación de indemnizar los perjuicios que haya causado o le somete a sufrir una pena.

107.—La administración en el cumplimiento de su misión tiene que ejecutar actos que produzcan efectos jurídicos, lo que hace mediante declaraciones de voluntad de sus agentes. Los actos jurídicos administrativos son aquéllos emanados de un agente administrativo, dentro del límite de su competencia señalada por leyes y reglamentos, y en ejecución de los deberes que le incumben en el desarrollo de la función administrativa de acuerdo con la misión de ésta. Tales actos pueden estar dirigidos a la realización de la función o a la provisión de medios necesarios para ella.

Carlos H. Pareja reduce los actos administrativos a los diversos modos de proceder que tiene el Estado para procurarse las cosas necesarias para el funcionamiento de los servicios públicos, lo que no corresponde a la realidad, porque ese carácter lo tienen no sólo las acciones dirigidas a proveer al Estado de lo que necesita para cumplir su misión, sino también todas las de sus agentes hechas con la intención de obtener su fin, ya que ellas son declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos. Más adelante el mismo autor da una definición concreta del acto administrativo que sí corresponde a lo que es su esencia y que, por consiguiente, encierra una contradicción con lo que él ha dicho que son los actos administrativos. En ella dice que, "acto administrativo es todo aquel dictado por una autoridad administrativa en interés directo o indirecto del servicio", de manera que no se trata únicamente de los modos empleados para obtener las cosas necesarias al servicio público.

108.—En la determinación de la función administrativa dije que consiste en la actividad constante que el Estado desarrolla para obtención de sus fines esenciales. Dadas las condiciones sociales, esa actividad no puede reducirse en absoluto al desarrollo mecánico de una maquinaria organizada por manos extrañas y de manera prevista destinada a ejecutar determinados movimientos, en momentos precisos. La administración debe tener la suficiente libertad para moverse de acuerdo con los problemas que se vayan presentando, para darles solución adecuada, y también amplias facultades para prevenirlos.

Por la constitución y la ley se han establecido las reglas que han de dirigir y servir de base a la acción de la administración. Pero con respecto a ellas su posición no es siempre la correspondiente a una relación necesaria, sino que se haya dotada de la autonomía que encontré serle indispensable; sin embargo, como es preciso que esa acción no sea intempestiva y además que los organismos inferiores destinados a ejecutar la voluntad de los superiores tengan una norma de acción a la que puedan conformarse, la administración dicta reglamentos generales, por los cuales determina la manera como vigilará el cumplimiento de la ley o prestará los servicios públicos.

109.—Los reglamentos tienen un carácter general y la administración tiene que acomodarse a las situaciones individuales, lo que hace por medio de las llamadas decisiones ejecutorias, que son las resoluciones que toma con respecto a un caso concreto antes de su ejecución. La importancia de ellas es muy grande porque dan derecho a la administración para ejecutar sus actos sin que quienes vayan a sufrir a causa de él puedan oponerse, y sin que la administración tenga que solicitar a ninguna otra entidad la facultad para obrar, en oposición con lo que sucede en el derecho privado, conforme al cual nadie puede hacer un acto e imponerlo sin que su derecho haya sido definitivamente establecido. Así, por ejemplo, el dueño de un fundo del cual se ha apoderado un extraño no puede, por su propia cuenta, proceder a despojarlo de él sino que necesita instaurar la acción posesoria o reivindicatoria basado en la cual pueda obrar. Lo que sucede en el derecho administrativo aparece muy claro en el proceso de recaudación de impuesto directo en Colombia, en el que los empleados de la administración hacen la liquidación, la que sirve de base para pasar a la ejecución del acto mediante el cual el impuesto entrará a las cajas públicas, bien

sea voluntariamente por pago del afectado por la resolución o mediante el ejercicio de la coacción pública.

El poder de dictar decisiones ejecutorias que corresponde a la administración, no la desliga de su obligación de conformarse a la ley de manera que sus actos esten de acuerdo con el derecho; lo que sucede es que puede entrar a la ejecución del acto directamente, sujeta sin embargo la decisión que tome a los recursos establecidos para el control de la legalidad de los actos administrativos.

110.—Hasta este momento la administración ha estado ejerciendo una actividad interna, pero como su acción ha de ser exterior por cuanto va dirigida a los individuos u otra clase de personas que forman el objeto de toda determinación jurídica, se exterioriza tal actividad por medio de la operación, que es estrictamente personal y tiene por resultado crear una situación de la misma índole.

111.—Reglamento, decisión ejecutoria y operación son los tres modos de acción jurídica de la administración que en toda actuación administrativa pueden encontrarse, aunque la distinción de ellos no es siempre dable en cada una, a causa de que su ejecución está tan íntimamente ligada que se requiere demasiada sutileza para encontrarla. En consecuencia, todo acto jurídico administrativo es un fenómeno jurídico complejo sujeto a multitud de modalidades en cada una de sus etapas, que es preciso estudiar detenidamente al tratar de penetrar en su naturaleza. Pero esto no significa que estos diferentes actos emanen de una misma autoridad administrativa, porque la competencia para efectuarlos puede estar, y de ordinario lo está, señalada a diferentes entidades o funcionarios administrativos.

Cada una de estas etapas, separadamente, tiene el carácter de acto jurídico, de manera que pueden ser consideradas como diversas categorías de actos administrativos.

112.—Jéze propone la siguiente clasificación de los actos jurídicos en general, fundada en el contenido de ellos: 1o., actos creadores de situación jurídica general; 2o., actos creadores de situación jurídica individual; 3o., actos que invisten a un individuo de una situación jurídica general, de un estatuto; 4o., actos que comprueban una situación jurídica general o individual o un hecho, de lo cual deduce que hay: 1o., actos legislativos o reglamentarios; 2o., actos creadores de situación jurídica individual: actos unilate-

rales o contractuales; 3o., actos condición, que son la condición de aplicación a un individuo de un estatuto legal; 4o., actos jurisdiccionales.

113.—Esta clasificación es muy semejante a la de Duguit para quien existen: 1o. Actos reglas (legislativos o reglamentarios); 2o. Actos condiciones (igual en Jéze) y 3o. Actos subjetivos (creadores de situación jurídica individual, y excluye de esta clasificación general los actos jurisdiccionales, que luego, al hacer el análisis de la función jurisdiccional, se ve obligado a admitir, por no poder catalogar los actos hechos en ejercicio de ésta en ninguna de las otras categorías.

114.—Para estos autores y muchos otros, entre ellos Fischbach, Barthélemy, Yves Gouet y Bonnard, el contenido de la función administrativa está formado únicamente de actos subjetivos y actos condiciones, y afirman que algunos han incluido en él también los actos reglas, a causa de que desde un punto de vista esencialmente formalista, la administración pública da reglamentos. Acerca de los actos jurisdiccionales el rechazo se establece también, y si se considera que en un régimen administrativo el control se establece por medio de órganos que obran de manera muy semejante a los jueces, es preciso confesar que si tales órganos se pueden considerar como incluidos dentro de una concepción amplia de la función administrativa, su carácter no es este sino el puramente jurisdiccional, al menos cuando resuelven acerca de cuestiones contenciosas.

Al considerar que la administración no ejecuta actos reglas, se exagera el criterio material, que según el pensamiento de Duguit, que, como más arriba se vió, encontré acertado, es el que hay que emplear en el estudio de las funciones del Estado, principalmente de la administración. Caen los que esto hacen en el formalismo censurado, al considerar que por tener los reglamentos administrativos una contextura de ley son leyes desde un punto de vista material, en lo que no tienen razón.

115. —El reglamento difiere de la ley en su esencia porque es distinto su fondo, su carácter y su objeto.

La ley es la ordenación de la voluntad soberana, el reglamento es la expresión de la voluntad de la administración que no es la soberana. Está estrictamente conectado a la ley en sus términos pero no es idéntico, porque él es el principio del acto

por el que la función administrativa se prepara e inicia su actividad con respecto a la ley. El objeto de ésta es establecer la regla general, expresar lo que se considera es el derecho; el reglamento sólo busca el que ese derecho ya establecido se coloque en situación de poder ser aplicado inmediatamente. Además, hay una función en cuya ejecución se prescinde de la ley, en la que se actúa sobre base estrictamente reglamentaria y cuyo carácter administrativo nadie podrá negar: la policiva.

116. —Para sostener sus tesis sobre el carácter del reglamento dice Duguit, en su *Traité de Droit Constitutionnel*, lo siguiente:

"Por el momento, yo tomo el reglamento como tal y especialmente el reglamento del jefe del Estado. Digo que es, desde el punto de vista material, y solamente desde ese punto de vista, una ley y verdaderamente una ley.

Más reflexiono sobre la cuestión y más convencido quedo que si esta proposición es aun controvertida es que consciente o inconscientemente se continúa confundiendo el punto de vista material y el formal; es que se hace todavía otra confusión más al decir que es necesario distinguir lo que es materia de la ley y lo que es materia del reglamento. Buscar lo que es materia de ley y lo que es materia de reglamento es únicamente buscar sobre qué materia el parlamento es el único competente para dictar una disposición por vía general y sobre qué materia una autoridad diferente de él, el gobierno por ejemplo, es competente para dictar una disposición de esta naturaleza. Desde luego, haciendo semejante determinación, uno se coloca desde el punto de vista estrictamente formal y no desde el material, ya que se mira solamente los órganos que intervienen y que son o no competentes para intervenir.

Yo no dejaré de decirlo: si se quiere evitar los qui pro quo y las confusiones, hace falta comprender que determinar el carácter de un acto desde el punto de vista material es determinarlo según la modificación que produzca en la ordenación jurídica consecutiva a este acto. Por consiguiente, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es decir material, dos actos son idénticos si consecutivamente a ellos percibimos una modificación idéntica en el orden jurídico.

Siendo bien comprendido esto, creo haber establecido que consecutivamente a la ley considerada desde el punto de vista material, nace una modificación del derecho objetivo, una regla nueva. La ley es un acto-regla, en el sentido y con el alcance que he deter-

minado. Esta regla es imperativa y es sancionada en las condiciones que se ha explicado en el párrafo precedente. En consecuencia, yo desafío a quienquiera a demostrar que desde el punto de vista jurídico hay una diferencia cualquiera entre las modificaciones que se producen en la ordenación jurídica por el reglamento y las que se producen por la ley. A consecuencia del reglamento, al igual que de la ley, hay una regla nueva, es decir una nueva disposición por vía general. Es una modificación al derecho objetivo, sólo al derecho objetivo, la que se produce y es una disposición por vía general la que se ha dictado precisamente a causa de que es una regla. Regla imperativa como la que emana de la ley; regla sancionada exactamente en las mismas condiciones que la ley; el acto hecho conforme a ella es protegido; el acto que la viola puede dar nacimiento a una anulación, a una represión, a una reparación.

La disposición contenida en un reglamento es general como la de la ley. No se puede pretender lo contrario so pretexto de que ella no se dirige sino a los agentes públicos, a diferencia de la ley que se dirige a todo el mundo. Ante todo, no es cierto decir de todos los reglamentos que no se dirigen sino a los agentes públicos. Se verá más adelante ejemplos de reglamentos que se dirigen a los particulares como a los funcionarios. Por otra parte, si fuera cierto que el reglamento no se dirige jamás sino a los funcionarios, esto no le quitaría su carácter de generalidad. Hay muchas leyes materiales sobre cuyo carácter todo el mundo está de acuerdo y que no se dirigen, sin embargo, sino a los funcionarios. Se podría aun sostener, y la idea ha sido defendida en Alemania por grandes juriconsultos, principalmente por Binding para las leyes penales, que la ley propiamente no se dirige jamás sino a los funcionarios, y en todo caso, hay muchas leyes constructivas que bien parecen dirigirse a los solos agentes públicos. Ellas no son menos leyes en el sentido material porque no contienen menos disposiciones por vía general. Lo que hace la disposición por general, es que, en el momento en que se dicta, no se puede determinar con nombres propios la persona o personas a las cuales se aplicará únicamente. Se puede hacer que la disposición por vía general no se aplique sino a una sola persona en hecho o a una categoría muy restringida de personas. Ella no será menos una disposición por vía general, si en el momento en que es dada es imposible determinar individualmente las gentes a las cuales se aplicará, si contiene una fórmula que mire a todas las personas que se encuentren en las condiciones previstas du-

rante el período de aplicación.

Lo repito, el reglamento es una ley en el sentido material a causa de que es un acto regla, y esto lo dice todo".

117. —He transcrito toda esta argumentación para que no se diga que le lanzo a las tesis de Duguit el cargo de formalistas sin aducir razón alguna. Formalismo, y de un aspecto que repugna en quien ha sostenido en todos los tonos que ese no es el criterio que ha de dirigir esta clase de estudios, es el decir que el reglamento es una ley porque es una disposición de orden general. Ya sostuve la diferencia esencial que separa estas dos categorías jurídicas, que no sirve para hacerle frente al desafío de Duguit para que se le demuestre lo que es contrario a sus tesis, dada la posición del autor citado frente al problema de la soberanía, que me encuentro en imposibilidad de estudiar dada la índole del presente ensayo. Pero si hay otro argumento que desbarata las tesis duguitianas, ya que en ellas se sostiene que los reglamentos causan una alteración en la ordenación jurídica, y que por consiguiente establecen derecho, que no es la ordinaria de toda actuación jurídica lo que únicamente se puede hacer por la ley. Es claro que al decir que causan un cambio en el derecho entiende por éste su derecho objetivo; pero ese argumento de nada sirve, porque habiendo sido alterado el derecho objetivo por la ley, el reglamento que viene a completarla, en cierta manera a individualizarla, no puede variar ese orden ya establecido y ha de moverse dentro de los límites de la ley a que se refiere. Los reglamentos, como lo dice acertadamente del Vecchio, "deben contener restricciones a las libres facultades de ejecución acordadas por la ley al gobierno". Son determinación de la manera como la manera como la administración vigilará e impondrá la ejecución de la ley; no pueden imponer nuevas obligaciones a los particulares, su fin es únicamente predeterminar la forma de ejecución de la ley. Difícilmente podrá Duguit desembarazarse de la situación que se ha creado él mismo, cuando tiene que hacer frente al hecho de que el reglamento ha de moverse de manera necesaria dentro de la ley, ser un complemento de ésta y nada más. Por eso tiene que recurrir a afirmar que un acto jurídico tiene un determinado carácter porque emana del órgano a quien de manera principal le está encomendada la función que se ejercita por actos de ese carácter.

Reglamento y ley son, pues, dos categorías jurídicas material y fundamentalmente diferentes; el primero no crea el derecho positivo, su posición es de total subordinación a la segunda.

118. —Pero quizás podría esgrimirse en contra de la tesis que sostengo que los reglamentos de policía y los de los servicios públicos si crean derechos y por lo tanto tienen el carácter de leyes, y es ese el argumento a que recurre el ilustre decano bordelés en última instancia. Pero hay que ver que la policía es un poder de hecho, su fin no es alterar el orden establecido sino vigilar porque ese orden se cumpla, y a ese fin están dirigidos todos sus reglamentos. Que dichos reglamentos tengan un cierto sentido contrario a la ley en muchas ocasiones, y por ende un efecto sobre el derecho objetivo, no es sino un espejismo. Tómese por ejemplo el caso de las que-rellas policivas establecidas en Colombia para protección de la posesión, en las que sólo se comprueban hechos, en virtud de las cuales se sostiene por medio del poder administrativo lo que esté conforme a esos hechos sin estudiar el derecho ni tratar de aplicarlo. Y lo que sucede en estos casos de acción policiva es lo que ocurre en todas las actuaciones de la policía.

Con respecto a los reglamentos de los servicios públicos su carácter administrativo es innegable. A la función administrativa corresponde prestarlos dentro de la ley, y para prestarlos de manera constante y activa, es a ella, que tiene la obligación, a la que de derecho corresponde la elaboración de las normas que han de regir su prestación. Pero esas normas no pueden ir contra los principios de derecho y legales que informan el establecimiento y la organización de los servicios, sino que como todo reglamento, han de moverse dentro de ellas, son medios de ejecución, demasiado amplios en este caso, pero a los que no se les puede asignar el carácter de creadores de derecho positivo.

Reglamentos expedidos en desarrollo directo de una ley o reglamentos de carácter más confuso como los policivos o los de los servicios públicos, ninguno tiene el efecto de transformar el derecho objetivo y, por lo tanto, yerra Duguit al afirmar que son leyes en un sentido material.

119. —En todo acto jurídico se encuentran cinco elementos que se pueden analizar también en el acto jurídico administrativo: 1º. Una manifestación o declaración de voluntad; 2º. Una cierta capacidad que pertenece a esa voluntad; 3º. Un objeto de esa declaración de voluntad; 4º. Un fin que la determine a obrar; 5º. Una situación jurídica que es consecutiva a esa manifestación. (Duguit).

a). —Una manifestación o declaración de voluntad. La voluntad es una facultad esencialmente humana, que es el resultado de

un proceso individual. Por eso al iniciar el estudio del acto jurídico público, que lo es de una entidad, se pone el problema de cómo puede él contener una manifestación de voluntad, la solución del cual se encontrará en el capítulo referente a la personalidad jurídica. Por ahora basta con decir que el acto jurídico público contiene en sí todos los elementos de un acto jurídico común, y, por lo tanto, comprende una manifestación o declaración de voluntad, que se expresa a través del querer de uno o muchos individuos, que son los funcionarios encargados de realizar el fin del Estado. Entonces interesa estudiar cómo se realiza la volición en el individuo que tiene esa facultad de ordenar a nombre del Estado.

Maudsley (citado por Duguit) dice acertadamente de la voluntad que es una actividad ideo-motriz, una impulsión por las ideas. A través de los sentidos el hombre percibe la realidad externa, lo que le provee de imágenes de las que el entendimiento abstrae ideas, que presenta a la voluntad. Se tiene, pues, que el primer paso en la manifestación de voluntad es la concepción, la formación de un concepto acerca de una determinada materia de acción. "El acto jurídico, dice Georges Renard, no es un acto de pura voluntad, sino un acto de inteligencia concluido por una decisión de voluntad". El concepto encierra en sí todos los elementos que excitarán a la voluntad a obrar, o no, constituye el motivo impulsivo, que es esencialmente un hecho formado de realidades exteriores, que despertará reacciones diversas en los distintos individuos a que puede llegar.

Obrando sobre la voluntad este motivo impulsivo, permanecerá ella en un estado de indecisión entre querer o no; es este el momento que en la actividad de tal facultad se puede llamar deliberación, al fin del cual o no se presenta manifestación exterior ninguna, o se ejecutará el acto. Así se puede hablar de cuatro etapas en el acto de voluntad: concepción, deliberación, decisión y ejecución.

El funcionario que tiene el deber de hacer alguna cosa por el bien público, antes de ejecutar el acto administrativo respectivo pasará necesariamente por estas diversas etapas que son esencialmente individuales, de tal manera que las dos primeras, en sí mismas, no dejarán rastro ninguno en el acto individual convertido en manifestación del querer de una entidad pública, y la última estará tan estrechamente confundida con ésta, que a eso se debe que sobre ella recaiga todo el control de la administración.

b). —Capacidad. —Pero si todos los hombres son naturalmen

te capaces de manifestar su querer, no es justo que a todas esas manifestaciones se les considere emitidas por individuos capaces de producir una modificación en el derecho, un efecto jurídico. Por eso el derecho positivo tiene delimitadas las diversas categorías de hombres que no son capaces de querer jurídicamente, es decir que son incapaces; y esto a causa de la multitud de elementos que pueden alterar la situación de la voluntad y que quedan fuera de su control. En el derecho público este concepto de capacidad corresponde al de competencia. No toda persona tiene facultad para ejecutar actos jurídicos a nombre de las entidades públicas, sino sólo aquellas que conforme a su organización gozan de competencia para hacerlo.

La competencia de los funcionarios puede ser comprendida en dos sentidos diversos: a), en cuanto al objeto; b), en cuanto al dominio. En cuanto al objeto el querer jurídico del funcionario de la entidad pública no puede salirse del de la entidad por quien obra. Es este el problema de la especialidad de las personas jurídicas que más adelante estudiaré.

En cuanto al dominio de la acción, éste es el que se señala a cada funcionario de una manera precisa, por reglas detalladas. Un funcionario no puede hacer todo lo que quiera sino sólo aquello para que es competente. En las administraciones descentralizadas colombianas, municipio y departamento, las entidades deliberantes a cuyo cargo está la iniciación de una determinada actividad administrativa, no pueden excederse de esa iniciativa y extender sus facultades a todas las facetas de la administración, porque su competencia está claramente señalada por la ley, y en ella no se les ha facultado para la dirección constante de los servicios públicos.

c). —El objeto del acto jurídico como acto de voluntad es la determinada actividad que el sujeto va a ejercer, pero éste es el inmediato; el acto como jurídico tiene un fin que es el mediato del de voluntad: la modificación que se va a aportar al orden jurídico. El individuo sólo puede querer de manera directa lo que está bajo su inmediato control, que es la manifestación de su propia actividad, pero a consecuencia de ésta se produce la modificación buscada, la que no puede tenerse sino como mediatamente obtenida por el querer individual, en virtud de la relación de causalidad que existe entre ella y la actividad personal ejercida. En el acto jurídico administrativo esta distinción es, por lo general, muy visible. En hecho la voluntad se manifiesta en el reglamento, en la decisión ejecutoria y en la ejecución, pero a consecuencia de éstos se produce en las re-

laciones de la entidad pública que obra y la persona o entidad afectada una variación que viene a ser realmente el objeto del acto jurídico. Por ejemplo, la liquidación de impuestos directos es la declaración de la voluntad del Estado y, en consecuencia, el objeto inmediato de ésta; pero a causa de ella el particular afectado se convierte en deudor del fisco, de manera que este último efecto viene a ser el mediato. Lo dicho no significa que la realización del efecto mediato sea puramente aleatorio o sujeta a una voluntad extraña, sino que ella sólo puede ser querida de manera indirecta queriendo el acto personal que se sabe la ha de producir.

d). —Ya se vio como el acto de voluntad hay un momento de incertidumbre en el que se mira el pro y el contra. Es entonces cuando se fija la dirección de la actividad no sólo en la ejecución del acto sino en **por qué** lo va a ser. Esto es, que fin se obtendrá por su ejecución. Es el conjunto de ideas que quien va a hacer algo tiene acerca de los efectos de su acción. A esto le da Duguit, tomando la expresión a los psicólogos, el nombre de **fin determinante**, y acerca de él dice que, "es la imagen aceptada por el espíritu del sujeto, de que cuando el acto jurídico sea ejecutado, nacerá para él o para otra persona una cierta situación que facilitará o asegurará la realización de un cierto querer anterior o posterior".

Para mayor claridad se puede suponer un caso. Entre A. y B. se celebra una compraventa de bien inmueble; el objeto inmediato del querer de uno de los contratantes es la declaración de voluntad de obligarse a entregar el bien, y el del otro su obligación de pagar el precio. El mediato es la intención de que a causa de esas declaraciones nazca a favor de cada uno el derecho de exigir del otro lo que ha dicho que es su querer, o las entregas recíprocas que han de hacerse. El fin determinante será para el uno adquirir dinero con el fin de jugar, comprar acciones de sociedades anónimas, etc., y el del otro urbanizar, construir un teatro, etc.

Si en el acto jurídico privado este fin es difícil de analizar por la amplitud de la acción individual y en razón de que se trata de algo estrictamente personal e interno, su trascendencia en el campo del derecho público, del derecho administrativo principalmente, es enorme, ya que los funcionarios no pueden obrar a nombre de las entidades públicas sino teniendo en cuenta el fin de ellas.

Pero esa dificultad del derecho privado no ha nacido sino del prurito de aislar las relaciones individuales que caen a su sanción, de la idea de que fuera de los motivos económicos al hombre le

mueven otros, que pueden encontrarse en contraposición con los principios de justicia. En las obligaciones, que es donde principalmente se encuentra planteado el problema de la causa, mucho tiempo se tuvo por dogma irrefragable que en los contratos bilaterales la obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra, y en los unilaterales que la causa era la entrega de la cosa. Pero se ha ido viendo que si las cosas son así la noción de causa se vuelve inútil, que su inclusión en los códigos es una repetición que carece de razón de ser, por lo que ha venido la reacción en favor de un análisis más profundo de los actos que implica un contrato, hasta descubrir la verdadera causa en el fin determinante, que es una causa susceptible de revestir las modalidades que se exigen para su validez y que tiene en su favor la facilidad en que por medio de ella se podrá acomodar la idea de lo justo a las diversas relaciones humanas. Sin embargo, permaneciendo los motivos estrictamente personales, su influencia en la validez de los contratos llevaría a la influencia jurídica de ellos a los que son comunes a ambas partes en un contrato, o aun prescindir en un todo de la noción de causa, pero sin pretender nunca más persistir en la confusión que fue doctrina clásica. Además, la amplitud de medios y fines que puede buscar el individuo haría supremamente difícil la determinación del fin ilícito. Con razón dice Jéze que, "aquí hay una gran diferencia con el derecho privado en el que la capacidad es la regla, la ley no asigna a la actividad de cada individuo un fin preciso, la capacidad no está determinada, en el que la **capacidad** se determina por proposiciones negativas, mientras que la **competencia** se determina por proposiciones positivas".

La existencia del Estado tiene su razón de ser en los fines que ha de cumplir. Si quienes obran a nombre de él no tienen en mira esos fines, los actos que adolezcan de ese vicio dejan de ser del Estado y se convierten en personales de los funcionarios. Por lo tanto, no puede tener los efectos de los actos de aquél. Tal es el fundamento de la interesante doctrina sobre la desviación del poder.

El acto ejecutado por un funcionario no tiene el carácter de administrativo porque emana de él, sino porque es ejecutado teniendo en mira el cumplimiento de la misión de la administración. Por lo tanto, hay ejercicio abusivo de la autoridad en el funcionario que ejecuta un acto falsamente administrativo por no ser dirigido a la realización de un fin administrativo; y los particulares que puedan ser lesionados o lo hayan sido, tienen derecho a pedir la nulidad o a

exigir las correspondientes indemnizaciones, porque en su ejecución se ha ejercido una competencia que no se tenía, que era "una competencia falsa".

Pero el fin de la administración no es el único que limita al funcionario desde un punto de vista teórico y general, sino que hay que considerar lo que la ley o acto que concede la competencia y organiza un servicio ha tenido en mira como fin de esa competencia o servicio, y el administrador debe obrar dentro de esos fines.

Donde quiera que exista un control sobre los actos administrativos es preciso admitir, sin necesidad de un texto expreso, esta teoría del fin determinante como base para la sanción de los actos ejecutados con un fin distinto del público o legal, y por eso creo que en Colombia puede hacerse mucho en este terreno en el que poco se ha adelantado.

e). —El acto jurídico, por definición, tiene la virtud de producir efectos jurídicos, que varían según sea su carácter. Hay actos que son hechos en ejercicio de un derecho propio del sujeto y entonces la situación consecutiva viene a ser determinada por las normas que dirigen esa facultad de obrar; o pueden ser actos para los cuales no existe facultad jurídica, pero que si afectan el orden establecido y hacen nacer en contra de los que los ejecutan el derecho de imponerles la sanción prevista para los violadores de ese orden. Esto teniendo en mira únicamente los actos de un carácter más o menos individual, pues respecto a todos los actos jurídicos las situaciones que pueden nacer se derivan de su propio carácter. Así, pues, se tiene que por los actos reglas se crea una regla de derecho o se adapta para su cumplimiento, dirigiendo la acción de ellos no a determinadas personas, sino a la variación del orden jurídico general o al mejor mantenimiento de éste.

Por los actos subjetivos se produce una variación en la situación jurídica de individuo o individuos especialmente determinados al ejecutar el acto. El ejemplo más común es el de los contratos de derecho privado en los que por las declaraciones de voluntad de dos personas o grupos de personas nacen obligaciones y derechos correlativos, bien sea recíprocos o bien sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra.

Pero existen también actos subjetivos o creadores de situación jurídica individual unilaterales, los que son muy comunes en el derecho administrativo. El acto de liquidación de un impuesto a cargo

de una persona es un ejemplo de ellos, la imposición de multas por violaciones de los reglamentos de policía es otro.

Los actos condición son aquellos en virtud de los cuales se hace aplicable a un individuo un estatuto legal determinado, y a causa de ellos un individuo que no caiga bajo las ordenaciones de una legislación jurídica queda sometido a ella. Es el caso de la resolución por la cual se concede carta de naturaleza a un extranjero, que a causa de ella queda sometido al estatuto personal de los nacionales del país que se le ha concedido. La interdicción, la separación de bienes, la emancipación, son todos ejemplos de actos condición. En el derecho administrativo también son los relativos al reclutamiento o retiro de los funcionarios, la declaración de utilidad pública en virtud de la cual se puede aplicar a un bien individualizado las reglas de la expropiación, las autorizaciones a un funcionario para celebrar un determinado contrato. También corresponde a esta clase el acto en que se señala a un funcionario, administrativamente, su competencia.

Por el acto condición no se crea una nueva situación jurídica, ella existía y era aplicada antes pero no al individuo o en el caso particular a los que en virtud del nuevo acto podrá ser aplicada, por haberse colocado en las condiciones previstas.

Los actos jurisdiccionales son aquellos en que funcionarios públicos, comprobando que determinadas circunstancias se han cumplido, señalan la regla de derecho aplicable a un caso particularmente considerado.

Indudablemente existen actos que producen diversidad de efectos jurídicos, pero no se debe a que las categorías, que brevemente se acaban de esbozar, no corresponden a la realidad, sino a que su carácter es complejo, por comprender en una declaración de voluntad aparentemente simple varias clases de actos jurídicos.

120. —La clasificación de los actos jurídicos que se acaba de estudiar es aplicable tanto a los de derecho público como a los de derecho privado, con lo que no quiero decir que haya identidad entre los procedimientos de derecho privado y los de derecho público, que, como antes lo demostré son fundamentalmente distintos, sino únicamente que se pueden reducir a una teoría común del acto jurídico, sin que por ello pierdan su individualidad y formación propias.

Hay una clasificación que fue clásica en el derecho administrativo, pero que ha tenido que batirse en retirada ante los problemas del mundo moderno. Me refiero a la distinción entre los actos de

autoridad y los de gestión y la subdivisión de estos últimos en de gestión privada y de gestión pública. Es Laferrière quien le ha dado a esta doctrina el sello de la autoridad en el aparte siguiente de su obra "Jurisdiction et contentieux".

"Una doble misión, dice, incumbe a la autoridad administrativa. Por una parte, está encargada de vigilar la gestión de la fortuna pública y su empleo, asegurar la percepción de las rentas de toda naturaleza y su afectación a los servicios públicos. Los actos que ejecuta para cumplir esta misión son los que se llaman actos de gestión. Además, la administración es depositaria de una parte de autoridad, de poder, que es uno de los atributos del poder ejecutivo. Está encargada de hacer ejecutar las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de procurar a los ciudadanos las ventajas de una buena policía. Interviene por vía de prescripciones generales, de mandatos o de prohibiciones..... La administración obra entonces como autoridad, como poder, y los actos que hace así son actos de mando o de poder público" (citado por Duguit).

Como se ve, se considera a la administración como encargada de una doble misión, lo que es absolutamente extraño a la realidad. La misión de ella es una y su fin es el bien público. Por lo tanto, donde quiera que obre está haciendo un acto en busca de la realización de ese bien, y no podrá hacerse distinción de sus actos por el hecho de que en los unos administre bienes y en los otros súbditos.

Pero, además, la distinción basada en ese criterio sólo puede conducir a una confusión, porque entonces serían actos de gestión muchos que el Estado administrador es capaz de ejecutar únicamente en virtud de su poder especial. Tal el caso de la liquidación de impuestos y su recepción.

121. — Berthélemy modifica un poco los términos de la distinción. Le rechaza al Estado como poder público la categoría de persona, y sólo se la concede como centro de relaciones patrimoniales. Para él existen como cosas distintas el Estado persona y poder público, tesis que más adelante discutiré. Los actos de autoridad son los que hace el Estado como poder público y los de gestión "los que hacen los administradores como representantes legales de las personas administrativas, sea para el dominio privado cuya guarda tienen, sea para los servicios públicos de los cuales tienen la carga". Para distinguirlos de los otros propone el criterio de que son aquellos que pueden ser ejecutados por un particular, el que bien se ve carece de consistencia y no responde a la realidad. Los particula-

res nunca pueden hacer los actos que ejecuta la administración, al menos de una manera regular, porque ella obra por el bien público que le está confiado. Además, como lo anota Duguit, se caería en un círculo vicioso, porque cuando se considera el acto hecho por un administrador, para saber si puede serlo por un particular, hace falta saber si él es un acto de gestión. Lo que indica que un acto de gestión no es la posibilidad de poder ser hecho por un particular, sino que para poder ser ejecutado por un particular se necesita que sea un acto de gestión.

Por otra parte, es absurdo hablar de actos del Estado administrador idénticos a los de los particulares, porque todos ellos están sometidos a la idea del fin del Estado y, por lo tanto, sujetos a todas las modalidades especiales del derecho administrativo, en cuanto a recursos y demás aspectos particulares de los actos jurídicos de derecho público.

Bajo las mismas críticas caen las tesis de Hauriou, porque yo creo que toda la actividad del Estado está determinado por los principios de su especialidad. Actos de autoridad, actos de gestión pública y actos de gestión privada, son de todos modos actos del Estado como tal. Fischbach, Foignet, Nézard, Goodnow entre muchos otros, sostienen la misma distinción amoldándola a sus propios pensamientos pero sin cambiar su esencia.

122. —Duguit y Jéze la rechazan basados en sus opiniones contrarias a la existencia de la soberanía. El primero de ellos se expresa así:

"Desaparece así como falta de razón y de objeto la distinción que durante largo tiempo ha tenido un gran crédito, la distinción entre actos de autoridad o de poder público por una parte, y los actos de gestión por otra. Que se diga, si se quiere, que todos los actos del derecho público son actos de gestión y que no hay actos de autoridad o de poder público, me es indiferente. Lo que importa es que se reconozca que todos los actos jurídicos, que emanan de los gobernantes, de sus agentes o de simples particulares, tienen el mismo carácter, a causa de que siempre emanan de una voluntad humana y que el efecto de derecho que les es consecutivo es una creación del derecho objetivo". No se puede, pues, hacer distinción entre los actos administrativos porque emanan de la voluntad humana que es una, y sus efectos son los previstos por el derecho objetivo.

123. —Mi posición, aunque rechazo la pretendida clasificación, es casi opuesta. Si el Estado existe es porque tiene una misión que cumplir, lo que hace constantemente por intermedio de su administración, que al obrar siempre tiene el carácter de administración del Estado, de manera que todos sus actos son del Estado-administrador, están dominados por la idea de interés público y no puede darse diferencia alguna entre ellos ni en cuanto a su fin, ni en cuanto a su carácter interno, y si sólo en cuanto a sus efectos, en la forma en que todo acto jurídico causa una modificación en el orden jurídico, como se vió arriba.

124. —La posición adoptada por los autores que sostienen la distinción que crítico tiene su razón de ser en el hecho de que constantemente el Estado obra dentro de las formas del derecho privado y éstas le son aplicadas; pero esto tiene su origen únicamente en que el desarrollo de la administración pública es un hecho nuevo que no ha dado tiempo para que a su rededor se complete toda una trabazón jurídica que corresponda a sus necesidades especiales, por lo que ha habido necesidad de que le tome prestado al derecho privado las formas, imprimiéndoles, sin embargo, el sello característico que resulta de la naturaleza de su actividad, y de esta manera, al lado de los contratos de derecho privado, se han ido modelando los de derecho administrativo o administrativos, pudiéndose considerar hoy como en total desarrollo, con sus aspectos particulares y dotados de las vías de derecho especiales a su manera de ser.

Pero la administración, aunque dotada de facultades especiales de derecho público, puede, de manera voluntaria y pública, preferir los modos de obrar de derecho privado y entonces los actos que celebre están sometidos al derecho común en cuanto a relaciones con particulares en su carácter de tales, pero no como actos ejecutados en ejercicio de la función administradora, ni en cuanto afectan a los individuos como miembros de la colectividad.

125. —Se ha pretendido separar del cuerpo general de los actos administrativos una categoría llamada de los actos discrecionales, que serían los ejecutados en virtud de la libre facultad de la administración de actuar en el momento y en la forma que mejor le parezcan. Se catalogaban allí actos que se tenían como intocables por los organismos que controlan la administración. Ya se vio cómo uno de los caracteres esenciales de la administración es el de ser legal y se decía entonces que la administración se mueve dentro de la ley que marca su competencia. Por lo tanto, si existen

actos discrecionales no serán administrativos, y si el órgano que los ejecuta pertenece especialmente a la función administrativa, tendría facultades que exceden de ese campo. Pero es absurdo hacer la suposición porque en último caso la limitación al poder de la administración se hallará en el fin de interés público que ha de tener en mira en todas sus actuaciones. Por consiguiente, podrá haber actos para los cuales la competencia de la administración sea demasiado amplia pero que adolecerán del vicio de ilegalidad siempre que su ejecución haya sido efectuada teniendo en mira un fin que no sea el de interés público o el legal.

El Consejo de Estado de Colombia acogió esta doctrina que rechaza la existencia de actos discrecionales en sentencia que dice:

“Conforme a la estructura de la Constitución Nacional, las Asambleas Departamentales son cuerpos puramente administrativos y sin atribuciones políticas. La esencia misma de la constitución está contenida en la célebre fórmula del Presidente Núñez: “Centralización política y descentralización administrativa”. Acerca de este particular sería inútil insistir, porque se trata de una materia obvia.

Siendo esto así, las Asambleas están rigurosamente sujetas a la norma fundamental del Derecho Administrativo moderno, que practican todos los países cultos, o sea a la norma de la administración reglada. Según ella todos los actos de las autoridades administrativas deben inspirarse en un régimen legal establecido de antemano, conocido de todos, y cuya violación trae consigo, mediante un recurso ciudadano, la nulidad de los actos que impliquen abuso de poder o extralimitación de funciones. Y resulta antijurídico en grado sumo pretender que las Asambleas sean soberanas, pues la soberanía, que consiste en el derecho de decidir en último resorte y sin apelación, de las cuestiones fundamentales en la vida del Estado, unido al monopolio de la coerción sin condiciones, no puede residir sino en la Nación representada por sus propios órganos”.

126. — Pero si el concepto de acto discrecional no corresponde a la realidad jurídica, hay algo que se le parece mucho y que sí cabe dentro del derecho: el poder discrecional, que consiste no en la libre facultad de la administración de obrar en la forma y en el momento que mejor le parezcan, sino en este último o abstenerse de obrar. Su existencia no es sino una consecuencia de la ductilidad que debe tener toda administración y que le permite acomodarse a las circunstancias de cada momento. Motivos de orden social o fiscal impondrán a la administración una acción o una abstención

en un momento determinado y ella tiene que estar facultada para reaccionar adecuadamente ante esos motivos.

127. — Al poder discrecional se opone la competencia obligada, en virtud de la cual, dados ciertos hechos, la administración tiene el deber de obrar, y el acto por el cual se abstiene es susceptible de anulación, porque se viola la ley al no ejecutar un acto que ella ordena. Podría ser un ejemplo de competencia obligada en nuestro derecho al que se encuentra en la concesión de las minas del Estado; la administración, una vez cumplidos los trámites legales, no puede abstenerse de conceder el título de una mina, que no se encuentre entre las que no son adjudicables.

Podrá considerarse como si se tratara de un caso de competencia obligada, el hecho de que un funcionario no pueda, con relación a suceso, sino ejecutar un determinado acto. El hombre puede valerse de medios muy diferentes para obtener los fines que se ha propuesto, pero cuando a la administración se le ha señalado obligatoriamente el camino que debe seguir para cumplir su misión, su competencia está expresamente delimitada. Sin embargo, como aún en este caso podrá conservarse la libertad de no actuar, no se puede decir que de manera precisa la competencia sea obligada.

128. — Ya se demostró que el poder de dictar reglamentos es facultad esencialmente administrativa. Dentro de la teoría de la separación de los poderes u órganos del Estado corresponde al ejecutivo, y es en su favor que se encuentra consagrado en las constituciones. (Constitución de Colombia, artículo 115: "Corresponde al Presidente de la República como **suprema autoridad administrativa**.... 3º. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes").

Los reglamentos son: "una manifestación de voluntad administrativa bajo la forma de regla general escrita, emitida por una autoridad que tiene el poder reglamentario" (Hauriou).

Por los órganos encargados de establecer el derecho o de iniciar la acción administrativa, el Estado formula principios generales que servirán de guía para su funcionamiento continuo. Pero estando este funcionamiento en manos de quienes ejercen la función administrativa, es a ellos a quienes corresponde relacionar esas reglas generales con la realidad para que puedan operar con el máximo de eficacia.

La potestad reglamentaria no significa excesos administrativos, ambición de mando en quienes dirigen la cosa pública; es el medio por el cual se amolda fácil y rápidamente la ley a las asperezas del medio social. Sirve de instrumentación para que los fines de la legislación se realicen más perfectamente. Por el reglamento se explica el alcance de la ley, se determina la manera como la administración actuará en frente de los problemas que su ejecución presente, dando así una interpretación administrativa de ella, que obliga a la administración y, por consecuencia, da derecho a los administrados a exigir su aplicación, pero que no tiene fuerza para establecer una norma de derecho nueva.

129. — Se ha discutido acerca del carácter de este poder y se ha sostenido que es una delegación del poder u órgano legislativo en favor del ejecutivo. Nada que repugne más a la realidad; suficientemente aclaré el punto sobre el carácter de los reglamentos. Si ellos son una manifestación de la función administrativa, no hay porqué entrar a suponer que la administración tiene la potestad reglamentaria por delegación de quienes tienen una función esencialmente distinta. Que no se diga que el legislador, al dar normas generales, se abstiene de entrar en el detalle de los hechos, lo que deja a la administración, porque lo que realmente ocurre es que esto no es de su competencia. A él le toca dar la norma y el administrador verá como se cumple. Además, los poderes que corresponden a un determinado órgano en relación con la función que ejerce no son delegables. En la organización del Estado se marcan suficientemente las actividades de cada cual y no se tiene derecho a hacer esa delegación para la cual no hay autorización. Si órganos de una función, más comúnmente la ejecutiva, tienen facultad para ejecutar en circunstancias especiales, actos privativos de otra, eso no significa que se trate de una delegación de poderes sino únicamente que, dadas las circunstancias especiales que se establecen por un acto condición, ese órgano puede serlo transitoriamente de varias funciones.

J. Barthélemy y P. Duez, hablando acerca de esa pretendida delegación, dicen:

"El reglamento de la administración pública no puede analizarse en una delegación del poder legislativo al Jefe del Estado; la idea de supremacía de la constitución rígida, admitida por nuestro derecho, prohíbe tal delegación. El reglamento de administración pública no es entonces y no puede ser sino una variedad de reglamento; no es el ejercicio de poder legislativo del parlamento por

delegación; es el simple ejercicio del poder reglamentario que pertenece, por la constitución, al Jefe de Estado".

Esa crítica cabe perfectamente dentro del derecho colombiano. No es en virtud de autorización legal que el Presidente de la República dicta reglamentos, sino por obligación de origen en la constitución, en la que se le señala la potestad de dar reglamentos como uno de los deberes que se desprenden de su calidad de Jefe de la Administración Pública.

130. — El poder reglamentario tiene una innegable importancia para el buen éxito de la actividad del Estado, porque necesitándose que la ley sea relativamente estable, no se podría atender satisfactoriamente a las diversas situaciones que se crean dentro de la vida social que sin requerir una regla de derecho nueva, si imponen que se les amolden las existentes, lo que en las relaciones de derecho privado se logra principalmente por la jurisprudencia, pero que en el derecho administrativo debe hacerse por la administración. Esta importancia está maravillosamente demostrada en la siguiente transcripción de un pasaje de la obra, ya citada, de Leonard P. White:

"Desde el punto de vista de la administración es importante que se encuentre investida del poder de hacer reglamentos subsidiarios. Dotada de esta autoridad, tiene una cierta libertad de medios para asegurar los objetos definidos por la legislación. Puede seleccionar uno entre varios medios y desecharlo después de ensayarlo o suplirlo con otros. Puede adaptar sus esfuerzos a las condiciones que aparezcan más tarde y que aún se coloquen fuera del estatuto. Puede ejercitar el poder de sus cerebros e inventiva contra la ingenuidad de los que tratan de evitar la ley. El poder reglamentario permite el refinamiento progresivo de la ley por el camino que señale la experiencia.

La administración también puede protegerse mejor contra imposibles e inútiles tareas. Si algo debe ser materia de un estatuto, es absolutamente verosímil que mucho habrá en lo que lo administrativo está fuera de duda. Los cuerpos legislativos no siempre tienen una justa comprensión de los límites de lo posible en el campo de la administración, pero los oficiales responsables tienen más probabilidad de tener un mejor sentido de lo que puede ser hecho.

El poder reglamentario permite un señalamiento más exacto de los fines reales buscados por la legislatura. Se puede desear imponer sobre los servicios públicos un sistema de cuentas que revelará

su verdadera situación financiera. Hace un siglo legislatura de estado típica probablemente hubiera escrito los sistemas de cuentas dentro de los estatutos; ahora se contenta con autorizar a la respectiva comisión para establecer un sistema uniforme de cuentas que debe ser seguido por los servicios públicos, reconociendo la dificultad de formular un sistema que adecuadamente sirva para ese fin. Las medidas de higiene son de manera creciente escritas por los oficiales del estado, y en Texas y California los códigos ordenados por las oficinas fueron en seguida convertidos en leyes.

El poder reglamentario conduce más fácilmente a la conferencia y la consulta con los interesados que lo que lo harían los métodos de los cuerpos legislativos. Un número de casos han sido ya citados para ilustrar el punto. La administración, por el trabajo educativo, la explicación y la sugestión puede llegar a ser no como un detective cuya intromisión fastidia, sino como experto consejero cuya asistencia es bien recibida.

La posesión de la autoridad para hacer reglamentos estimulará el sentido de responsabilidad y la iniciativa de los empleados públicos. Estos esperan hacer frente a las nuevas situaciones con remedios apropiados, y dentro de los límites de la ley esperan hacerlo de una vez, sin esperar las órdenes de la legislatura. En reves palabras, el poder reglamentario significa administración por el administrador, más bien que por el legislador".

131. —Hasta ahora me he referido al poder reglamentario principalmente como facultad del Jefe del ejecutivo. Pero ya se vio que fuera de la jerarquía administrativa general existen otras menores de acuerdo con la organización administrativa, que tienen una esfera de acción independiente, y es lo ordinario que en las administraciones descentralizadas corresponda a un cuerpo especial, situado fuera de la jerarquía administrativa, la iniciativa de la acción. A consecuencia de esto se ha planteado el problema de si los jefes de una gerarquía administrativa inferior tienen el poder reglamentario con relación a las normas generales que se les han dado para lo que es de su competencia. Tal sucede en Colombia en donde se duda si los alcaldes y gobernadores tienen ese poder. El Consejo de Estado en sentencias de cinco de Septiembre de 1916 reconocía a los gobernadores el poder reglamentario; pero en sentencias de cinco de Julio y seis de Noviembre de 1935 sostiene que no existe para ellos esa facultad, dentro del derecho colombiano.

132. —En mi opinión el problema ha sido mal estudiado. Las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones de juntas directivas de servicios descentralizados en ningún caso tienen el efecto de establecer un nuevo derecho; obran dentro de la ley y por lo tanto su carácter es el de los reglamentos. Por eso puede establecerse una división en el poder reglamentario, que se encuentra en Barthélemy y Duez, en orgánico y general.

Es general el que corresponde al Jefe del Estado con relación a la ley. Como por ésta generalmente se establece el derecho positivo, al hacer su reglamentación se interpreta el derecho. Pero no es dicho funcionario el único que al administrar tiene que dar aplicación a la ley. Hay muchos otros que individualmente o constituidos en cuerpos deliberantes, tienen la obligación de dictar reglamentos dentro del campo de sus funciones legales. Estos reglamentos, de un carácter general por lo común, dictados por corporaciones que para amoldarse a la realidad administrativa adolecen de los mismos inconvenientes de los cuerpos legislativos, inconvenientes que realmente son imposibilidad física, porque ellos son cuerpos deliberantes muy distintos a la administración activa. Por eso considero que en frente a esos reglamentos tienen ésta la potestad reglamentaria, con facultad de interpretarlos y amoldarlos a las exigencias administrativas. Y esta facultad la tendrán no sólo estos jefes de jerarquía inferiores sino también todos los jefes de servicio. Es a este poder reglamentario al que se puede llamar orgánico.

Pero no es cierto que haya una diferencia esencial entre el poder reglamentario orgánico y el general, basada en el hecho de que este último tiene dominio sobre los particulares y aquél no. El derecho objetivo para todos obligatorio lo crea la ley y es a ésta a la que principalmente deben atenerse los particulares en sus relaciones. Los actos reglamentarios tienen únicamente el carácter de obligatorios si se encuentran dentro de la ley y, por lo tanto, son incapaces de crear una regla de derecho nueva. De ahí que la verdadera fuerza obligatoria de ellos se encuentre en el deber de la administración de respetarlos mientras no los haya variado, y no se ve porque los actos reglamentarios orgánicos pueden diferir en este punto, que es el esencial, de los actos emanados de autoridades que gozan del poder reglamentario general.

Según mis apreciaciones existe, pues, una facultad de dictar reglamentos que corresponde a toda persona que de algún modo tiene la dirección de un sector de la administración; y además existe en

las administraciones activas, esto es en aquellas cuya función consiste en la actuación constante, una potestad reglamentaria, que se ejerce por el jefe de la administración central sobre los actos de carácter legislativo, y por los jefes de organizaciones descentralizadas sobre los de las entidades que en ellas tienen la iniciativa administrativa.

133. — El poder reglamentario forma la esencia de la administración en el Estado moderno; un ejemplo interesante de ello se encuentra en el nuevo Reich. A pesar de que el poder estatal se halla en él totalmente unificado, de manera que no queda ningún rastro de la separación de poderes, al Führer le corresponde, como supremo conductor de la colectividad, la facultad de dar las leyes, pero al hacerlo las reduce a las reglas esenciales, de manera que son excesivamente breves y se deja un campo amplísimo a la facultad reglamentaria. En cierta manera parece haberse adoptado la distinción entre leyes normativas y construccivas, perteneciendo la competencia para hacer las primeras al Führer como legislador supremo y la para las segundas a quienes poseen la facultad de hacer reglamentos. Sin embargo, yo creo que lo que ha sucedido es que se ha concretado la ley a lo que realmente es un objeto: dar normas de derecho, y se ha dejado a la administración todo el campo de acción de las reglamentaciones, dotándola así de un poder de infinito alcance en la obtención de sus fines. Quizás haya sido posible llegar a este punto porque la distinción entre las disposiciones que tienen uno y otro carácter, en lo externo, se reduce a la manera de promulgarse, ya que emanan de una misma autoridad o de autoridades que se hallan bajo una misma jerarquía.

134. — Se han considerado como del tipo reglamentario los decretos que dicta el gobierno central cuando un país se encuentra bajo el régimen del estado de sitio. Analizaré las circunstancias de este régimen ante todo y luego estudiaré si dichos decretos si tienen ese carácter.

Constitucionalmente se autoriza a algunos de los órganos del Estado para que en el caso de que en la vida de la nación ocurran determinadas circunstancias, se declare el estado de sitio. Dentro de la organización común del Estado se tiene establecido que cuando se presenten determinados hechos un estatuto de excepción regirá su actividad, cuya vigencia se inicia por un acto que declare que esos hechos se han cumplido, el cual produce en el orden jurídico los efectos de un acto condición y que tanto en su forma como en su

esencia es administrativo. En el caso colombiano se necesita concepto previo del Consejo de Estado, pero eso no varía la naturaleza del acto, sino que la competencia del Jefe del Estado se encuentra para este caso condicionada a la consulta previa a aquella entidad. El acto que declara el estado de sitio es susceptible de todos los recursos de carácter administrativo.

135. —Por el estado de sitio no se inviste a la administración de poderes ilimitados; lo que sucede es que la legalidad de ella varía para quedar dentro de una más amplia, como es la de los principios generales de derecho. El derecho del Estado queda de hecho en una posición inestable, sujeto a las variaciones de toda clase que exijan las necesidades de una época de crisis, y a causa de esto los reglamentos se vuelven más amplios y adquieren en realidad el valor de leyes en el sentido material, aunque formalmente no lo sean. Sin embargo, su carácter complejo resalta del hecho de quedar condicionados por ese régimen de legalidad de crisis, que los arrastra consigo, desapareciendo en el mismo momento que él.

La situación que para la administración se crea a causa de este cambio en el orden general, no se puede atribuir a una delegación de los órganos legislativos en su favor. Esa situación tiene un estatuto previamente establecido, que directamente concede facultades especiales a los administradores, y únicamente está influido por las circunstancias de hecho, que a la administración toca constatar.

De acuerdo con las ideas que he expuesto, el acto que declara el estado de sitio puede ser anulado con base en el hecho de que el fin que determinó a la administración a ejecutarlo, tiene móviles diversos de aquellos previstos como legales para ello.

No sólo existe una legalidad especial que regula la administración en este caso, sino que existen consideraciones que imponen la naturaleza de los caracteres esenciales al estado de sitio. El está limitado en el tiempo y en el espacio, de manera que no puede prolongarse indefinidamente, sino que debe suspenderse inmediatamente que cesen las circunstancias que dieron lugar a él. Además debe dentro de un Estado especificarse a que porción del territorio se extiende, y si bien el gobierno queda dotado de facultades administrativas suficientemente amplias para hacer frente a los hechos que se presenten, habrá medidas que por su carácter, relacionado estrechamente con las circunstancias imperantes en el lugar determinado en que están acaeciendo los sucesos que trastornan la legalidad, no son aplicables sino en el territorio que se encuentra en estado de sitio.

136. —Fuera de este caso, en el que la administración se encuentra capacitada en virtud de una ampliación de competencia para intervenir en el orden jurídico fuera de los límites de la legalidad ordinaria, hay otras situaciones, esas si constatadas por medio de leyes, en las que la facultad legal es amplia. Tal sucede con las épocas en que, mediante una concesión de atribuciones extraordinarias, puede la administración dictar disposiciones de un carácter esencialmente legal, atribuciones que se van imponiendo en el mundo por la necesidad de obrar rápidamente, para lo cual se encuentran imposibilitados los cuerpos deliberantes.

137. —No todas las entidades o los funcionarios administrativos pueden ejecutar actos correspondientes a las diversas categorías. Por este aspecto interesa hacer la distinción entre la administración ejecutiva, que goza del poder de dar reglamentos, decisiones ejecutorias y del de ejecución; la deliberante, que se caracteriza porque sus decisiones son precedidas de deliberaciones entre varios individuos, por lo que corresponde a asambleas, generalmente de origen popular, y la que goza de facultad para dictar reglamentos y decisiones ejecutorias pero no para ejecutar, y esto en razón de un principio que ha gozado de mucho respeto y que surgió en Francia durante la época napoleónica: **deliberar es el hecho de varios, obrar el de uno solo**; la llamada administración consultiva es la que se ejerce por entidades de carácter deliberante que no están capacitadas para ejecutar ninguna clase de actos administrativos y sólo tienen el poder de dar consejos o conceptos sobre los actos que debe hacer la administración ejecutiva. Se realiza en esta forma dentro de la administración, una especie de separación de poderes que tiene su razón de ser en motivos de competencia técnica o de orden político. En este último caso se busca que la masa de los ciudadanos, por medio de sus representantes directos, pueda intervenir en la administración y así comparta su responsabilidad.

En la organización administrativa territorial de Colombia también ocurre una separación en lo relativo a los efectos propiamente administrativos de los actos, que más arriba tuve ocasión de mencionar. Hay entidades que tienen la iniciativa y marcan la pauta en la acción de la administración, y funcionarios a quienes toca realizar ésta, de manera que los actos de las primeras tienen un valor principalmente de mandato sobre la administración activa y los de los últimos de influencia directa en las relaciones sociales.

138. —Hay que deducir del estudio de los actos jurídicos de

ría ha significado la destrucción del dogma de la separación de los poderes u órganos; la administración pública, responsable directa del buen éxito de la actividad del Estado, no puede reducirse, con el criterio formalista de la separación de los poderes, a la función ejecutiva. Ella necesita y debe poder ejecutar actos que correspondan a categorías jurídicas muy diversas a las de simple ejecución de órdenes o reglas de conducta de otros poderes. En circunstancias extraordinarias dictará las leyes. Con demasiada frecuencia su acción significará intervención en las diferencias de los particulares. Y a su turno, los cuerpos legislativos están dotados de facultades que innegablemente entran en la categoría de lo administrativo; ejemplo de una fuerza convincente asombrosa, porque significa la facultad más preciada del parlamento en las democracias, es la expedición del presupuesto, que es esencialmente un reglamento administrativo. Por él el derecho no sufre alteración ninguna y su acción queda restringida a los efectos generales de un reglamento, que es obligatorio principalmente para la administración.

Además, el llamado poder u órgano judicial se ocupa en multitud de ocasiones de cuestiones que son de índole esencialmente administrativa. El reclutamiento de funcionarios para el desempeño de sus actividades es el ejemplo más palpable de ello.

Ni la administración, ni la legislatura, ni la jurisdicción podrán estar sometidas a los marcos de una organización ficticia que ha hecho fracasar la democracia en frente de las realidades del mundo moderno. El Estado tiene que estar dotado de órganos que con rapidez atiendan a las situaciones difíciles que la vida social va creando y por eso es preciso que se destruya un mito que ha estado sacrificando los órganos de la acción en beneficio de los de la deliberación, sin lograr que el pretendido principio tenga cumplida realización, y, antes bien, prolongando en demasía la competencia de los cuerpos legislativos en asuntos que teóricamente se encuentran dentro del marco que forman las características de otros órganos, que prácticamente sirven mejor a sus fines.

FELIX BETANCOURT

NOTAS

DISCURSO PRONUNCIADO POR SU AUTOR, AL SER CO-
LOCADO EL RÉTRATO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO VI-
LLEGAS EN LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Señor Rector de la Universidad, señor Decano de la Facultad de
Derecho, señoras, señores:

Me propongo, en esta vez, hacer brevemente el elogio de A-
bejorral, la patria natural del doctor Luis Eduardo Villegas; en
seguida, el elogio de este varón meritísimo, y, por último, el elo-
gio del resurgimiento nacional que ha devuelto su libertad a la cá-
tedra y que ha permitido honrar la memoria de los grandes hom-
bres colombianos, sin distinción de partidos políticos.

Empiezo:

Hay en esta Antioquia montañosa, formado por una depre-
sión que allí hace poderoso ramal de la Cordillera Central de los
Andes, en plano inclinado de oriente a occidente, un valle que,
mirado desde la altura presenta un aspecto, si nó grandioso, sí
de amena y apacible belleza. Los montes circundantes, en prolon-
gada y alta muralla, le rodean y dejan solamente, al norte y al sur,
brechas por donde se deslizan los arroyos de abundantes y crista-
linas aguas que de las cumbres descienden cual nuncios de salud y
abundancia, dilatando su curso en rápidos y cascadas hacia las
cuencas profundas de los ríos que bañan el territorio del Municipi-
pio de que es cabeza la ciudad fundada por don José Antonio Vi-
llegas, haciendo de él una verdadera Mesopotamia.

La naturaleza prodigó en esta privilegiada región, a la vez, los dones de Ceres y Minerva, dotado al suelo de fertilidad y riqueza y a sus habitantes de clara inteligencia. Evoco, ahora, en mi memoria, aquel valle feliz donde asienta sus reales la ciudad de mi nacimiento, todo cubierto de arbolados, de plantíos y de aque'la

Allí vive y prospera un pueblo laborioso e inteligente, de sanas costumbres, de carácter a un tiempo reposado y emprendedor, conservador y aventurero, fiel trasunto de esta raza antioqueña colonizada y audaz, a la cual deben, en gran parte, su incremento el sur de Antioquia, hoy Departamento de Caldas, y los del Valle y Tolima; pueblo que ha sido el más celoso guardián de esas nobles tradiciones, cuya cuna remota está en España, especialmente en la España de la llanura castellana que el sol calcina, a trechos salpicada por las manchas que forman alegres caceríos y vistosos cultivos, blasonados por el oro de las mieses, tierra propicia al vuelo de la fantasía y al espíritu caballeresco y conquistador, y en aquella Vasconia agreste, como Antioquia montañosa, y como Antioquia, de familia sólidamente constituida, tesonera en la labor y acendrada en su fe religiosa.

A partir de don José Antonio Villegas, el fundador, dotado de las señaladas virtudes cívicas, de don Francisco Palacio, colonizador y hombre de empresa, y de don Venancio Restrepo, juriconsulto, larga es la lista de varones representativos que han dado honor y lustre a Antioquia y a Colombia, nacidos en aquella tierra fecunda en talentos sobresalientes en la ciencia, en las letras y en servicios múltiples a la Patria. Se podría citar, entre otros, a José de la Cruz Restrepo, educador, jurista y escritor; a Manuel Canuto Restrepo, escritor y obispo de Pasto; a Silverio, Marcelino y José Miguel Arango P., prominentes abogados; a Dionisio Arango M., jurista y magistrado; a Aparicio Ramírez, institutor; a Heliodoro y Clodomiro Ramírez, abogados, el último, además, ministro, dos veces gobernador y actualmente rector honorario de la Universidad; a Marco Aurelio Arango, abogado y financista; a los notables médicos Ramón Arango, Francisco A. Arango A., Miguel Ma. Calle, Jesús Ma. Duque; a José Manuel Arango V., también médico distinguido, quien ocupó altos puestos en el Gobierno y en el Ejército; a Dionisio y Luis Ma. Mejía Alvarez, connotados financistas; a Pedro Pablo Betancourt, abogado, educador y magistrado; a Francisco Betancourt, médico; a Esteban Jaramillo, hacendista y varias veces ministro; a los Gutiérrez José



Dr. Luis Eduardo Villegas

Ma. (General), Alejandro y Liborio (comerciantes), Belisario (abogado y militar), Pompilio (militar y político), Daniel Gutiérrez y Arango (representante al Congreso y Gobernador); a Pedro Velásquez Arango, jurista; a los Villegas Rafael (militar), Agustín (abogado), Alfonso Villegas Arango (literato), y figuran actualmente, con éxito en su carrera, el Pbro. Lope Duque Villegas, distinguido levita, Rafael Villegas Arango (médico), Rafael Betancourt (ingeniero), Roberto Arango V., (ingeniero), Juan de J. Peláez (médico) y Joaquín Emilio Jaramillo (literato y jurista).....

A esta lista de varones meritorios, podemos agregar, por el señalado puesto de honor que en ella ocupa, el nombre del doctor Luis Eduardo Villegas, hijo también de Abejorral.

Al notable historiógrafo antioqueño, igualmente de Abejorral don Gabriel Arango Mejía, debo la presentación de los siguientes datos biográficos, por él sintéticamente presentados, pero que también marcan la trayectoria de la brillante existencia en honor de la cual tiene lugar la presente conmemoración.

El doctor Luis Eduardo Villegas vino al mundo en Abejorral el día 21 de diciembre de 1848 y fueron sus progenitores don Juan Bautista Villegas y doña Antonia Ramírez, descendientes de los fundadores de aquella población. Pasó sus primeros diez años en Abejorral, en donde tuvo por maestro a don Pío Agustín López, famoso Institutor, quien prestó valiosos servicios a la juventud que allí se educó por los años de 1840 a 1858. Trasládose luego el doctor Villegas con sus padres a Manizales, donde continuó sus estudios, bajo la dirección del maestro Mariano Ospina. Pasó por los años de 1870 a 1872 a Bogotá e ingresó al Colegio del Rosario y bajo la dirección del célebre jurista doctor Francisco A. Alvarez, de Murillo Toro y de toda esa pléyade de notabilidades colombianas, nutrió su cerebro, de tal modo que, poco tiempo después de su ingreso al colegio, fué designado profesor de Ciencia Constitucional y de Derecho Romano, y culminó su carrera con éxito de pocos igualado. Como su familia careciera de bienes de fortuna, necesitó desempeñar algún empleo para ayudar a su sostenimiento y fué designado Secretario del Cabildo de Bogotá "en época en la cual los regidores eran el propio doctor F. A. Alvarez, un Murillo Toro, un Nicolás Esguerra, un Ricardo Silva, un Plata Azuero y otros varones de esa estofa", según nos refiere el mismo doctor Villegas en su folleto "Detracción del General So-

to". En tal puesto sirvió desde 1873 a 1876. Pasó luego a servir los puestos de Secretario o Jefe de sección en los Ministerios de Guerra y Marina, durante los Gobiernos liberales de don Santiago Pérez y de Aquileo Parra. Regresó a Antioquia a fines de 1877 y la convención Constituyente del Estado Soberano, lo eligió, por unanimidad, Magistrado del Tribunal Superior para el periodo de 1878 a 1882, y luego fué reelegido para el periodo siguiente. Durante estos años se separó del puesto para asistir al Congreso, ya como Representante, ya como Senador, en los años de 1881 y 1884. En el año de 1885, al estallar el movimiento revolucionario contra el Gobierno de don Luciano Restrepo, fué designado comisionado especial para seguir a Manizales como representante del Gobierno para entrar en arreglo con los invasores. No vaciló el doctor Villegas en abandonar su puesto de Magistrado y seguir al Sur, a tiempo que Mateus y Briceño entraban a Salamina. Sus actuaciones políticas de entonces fueron atacadas de un modo cruel por el general Foción Soto, en sus memorias póstumas; pero en la diamantina honradez del doctor Villegas se estrellaron los ruines ataques y todo el mundo, tirios y troyanos, ha reconocido la nobleza e hidalguía con que procedió al firmar la Capitulación..... "No quedaba, pues, más camino que el de un derramamiento de sangre, sin esperanza alguna de vencer, o el de una capitulación. Me determiné a la último; y ni me ha pesado ni me pesará el paso que di. No creía entonces, ni creo hoy, que en una de nuestras guerras intestinas deba seguirse luchando, cuando ya se ha perdido toda esperanza de no sucumbir". Pasada la guerra, el doctor Villegas se dedicó a ejercer su profesión y al cuidado de su familia. En 1910 fué elegido por el presidente González Valencia, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, puesto en el cual lució su brillante inteligencia de manera excepcional y en tal destino lo sorprendió la muerte el día 18 de abril de 1915, a las 7,25 p. m. El doctor Villegas había unido su suerte en el año de 1879 con doña Pastora Angel Mejía, del Retiro, hermana de los valerosos Generales Manuel A. y Rafael Angel. Dejó nueve hijos. Lamentaron su muerte los Magistrados de la Corte, el Congreso de la República y la Gobernación de Antioquia, a la sazón presidida por el general Pedro J. Berrío".

La ley de honores a cuyo cumplimiento contribuye, en lo que le corresponde, la Universidad, por medio de este festival conmemoratorio, es del siguiente tenor:

Ley 75 de 1936.

Abril 13.

Por la cual se honra la memoria de un ilustre ciudadano.

El Congreso de Colombia,

Considerando:

1o. Que el doctor Luis Eduardo Villegas fué un eminente ciudadano, ya por sus acendradas virtudes cívicas, ya por su vasta cultura intelectual;

2o. Que durante su laboriosa existencia prestó importantes servicios a la Patria como Magistrado del Tribunal Superior de Antioquia y de la Corte Suprema de Justicia, de la cual fué Presidente;

3o. Que en diversas ocasiones y con verdadero lucimiento ejerció el profesorado, en ciencias jurídicas y en cuestiones gramaticales;

4o. Que dejó inéditos interesantes trabajos, cuya publicación daría lustre a la literatura nacional,

Decreta:

Art. 1o. El Congreso de Colombia honra la memoria del doctor Luis Eduardo Villegas y ordena que se coloquen dos retratos al óleo, de este meritisimo varón, uno en la Corte Suprema de Justicia y otro en la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Art. 2o. Autorízase al Gobierno Nacional para adquirir y publicar la obra inédita del doctor Villegas, denominada ANALECTAS, cuyo original inédito posee su familia.

Art. 3o. Esta Ley regirá desde su sanción.

Dada en Bogotá, a tres de abril de mil novecientos treinta y seis.

El Presidente del Senado,

Alejandro Galvis Galvis

El Presidente de la Cámara de Representantes,

Alfonso Romero Aguirre

El Secretario del Senado, Rafael Campo A.—El Secretario de la Cámara de Representantes, Carlos Samper Sordo.

Poder Ejecutivo.—Bogotá, abril 13 de 1936.

Publíquese y ejecútese.

ALFONSO LOPEZ

El Ministro de Gobierno,

Alberto Lleras Camargo.

Señalado honor ha sido para mí el de representar en este acto de homenaje admirativo, a los profesores y alumnos, cuyo personal y cuya labor conjunta constituyen la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, cuando se trata de honrar la memoria de uno de los más grandes hombres de derecho que han sido en esta privilegiada porción de la patria colombiana. Tanto más, si se atiende a que los honores que, sin motivo suficiente, suelen prodigarse en los cuerpos colegiados a ciertas mediocridades de las armas o de la política, han venido, en esta vez, a consagrar las virtudes y merecimientos de un auténtico varón consular. El doctor Luis Eduardo Villegas constituye, en efecto, un ejemplar selecto de su estirpe y un modelo que, en su esfera, bien puede presentarse a la juventud como digno de imitarse: en lo físico, fué de gallarda apostura; en lo moral, de vida pública y privada, intachable; en el trato social, caracterizóse por su civismo acendrado y por su esmerada y exquisita cultura; en lo intelectual, adornáronle singulares dotes de inteligencia y muy vastos conocimientos, y en materia de acatamiento al derecho, de que fué altísimo exponente, puede decirse que hizo de él un culto permanente y de su servicio un sacerdocio.

Espigó felizmente en los campos del foro y de las letras, como gran conocedor de los secretos filológicos y de la *justum atque injustum scientia* y como admirador inteligente de los clásicos del idioma. Realizó obra de gran alcance, especialmente en sus trabajos forenses de abogado o juez, los cuales son perfecto modelo de aquel estilo exclusivo, a la vez sobrio y elegante, claro y conciso, que caracteriza el lenguaje del Derecho. "Analectas del Quijote" denominó el doctor Villegas a una especie de antología o co-

lección de pasajes escogidos, con glosas de alto estilo, en la cual campean, a la vez, una crítica comprensiva y ese gusto educado y culto que se requieren para acercarse al libro inimitable. En cuanto a la literatura jurídica del doctor Villegas, perdurará, de modo especial, en los fallos que suscribió como Magistrado del Tribunal de Antioquia y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en aquellos incomparables salvamentos de voto que allí sustentó para defender una comprensión más alta de las finalidades y aplicación del derecho a las realidades sociales, que es otra que suele prevalecer en los tribunales de justicia en que a la interpretación y aplicación del derecho, por estudio e iniciativa propias, se sustituyen el respeto a la tradición y la rutina de la jurisprudencia. Para espejo de quienes se dedican a la difícil y honrosa tarea de administrar justicia, realzo, en esta ocasión, la pulcritud e imparcialidad de tan docto juzgador, a quien podría muy bien aplicarse aquel aforismo célebre de uno de sus colegas en el Tribunal de Antioquia, jurista de altísimos quilates, el doctor Antonio Ma. Restrepo Cadavid, que es todo un programa de la ciencia de juzgar: "La ley no tiene corazón y el juez que le presta el suyo, prevarica". Este criterio no implica que sea imposible la extensión de los poderes del juez, en el supuesto de textos oscuros o incongruentes, o de vacíos o lagunas en las leyes, para colmar los cuales, le es permitido fallar a su arbitrio, inspirándose, según prescripción consignada en los Códigos, en la equidad, en las disposiciones que regulan casos análogos, en la Constitución y en los principios generales del derecho (*elegantia juris*), y también en aquellos otros casos en que la misma ley haya previsto esa ampliación de poderes, por razón de justicia o de orden económico y social, superiores a la estricta legalidad. Este concepto de un derecho nuevo, así entendido, supone, sin duda, en los funcionarios del poder judicial y en los intérpretes de la ley, especiales condiciones de competencia y honradez.

En lo político, pudo serle impropicia la fortuna cuando, como representante del Gobierno de Antioquia y después del vencimiento del ejército en Quiebralomo y Santabárbara del Cauca, firmó el doctor Villegas la capitulación de Manizales, la cual ahorra al Estado sangre y sacrificios, ya inútiles, en vista de la imposibilidad de resistir a las fuerzas invasoras de Mateus y Briceño, que en sus banderas simbolizaban la fatalidad que desencadenó la traición sobre el partido liberal; pero en vano pretendió entonces, y

pretendería hoy la detracción, nublar el espejo de tan broncea honradez.....

El 5 de marzo de 1914, en carta que sobre el particular le dirigí al doctor Villegas, expresé el siguiente concepto, concorde con el suyo en la defensa irrefutable que de su reputación hiciera entonces, el cual mantengo todavía, a pesar del tiempo transcurrido: "En una guerra civil, cuando la resistencia resulta estéril, por estar de antemano sacrificada la causa que se defiende, merced a la defección de aquellos mismos a quienes se había confiado su guarda, obstinarse contra las realidades cumplidas, no es de varones prudentes, a quienes cumple reservar las energías y los medios para continuar la lucha en más favorable ocasión; los principios y el derecho no perecen porque el brazo que los sustenta se abata momentáneamente ante la omnipotencia de la fuerza".

Y sea ésta la ocasión de celebrar y exaltar, como es debido, este resurgimiento patrio que, en el campo de la enseñanza profesional, ha devuelto su libertad a la cátedra, hoy exenta de toda tutela extraña al poder del Estado, y que ha hecho posibles consagraciones como ésta que ahora nos congrega para rendir tributo de admiración a un pensador independiente, afiliado al partido político actualmente en el gobierno y enantes proscrito de los favores oficiales. Porque no se habrá olvidado que en esta Facultad de Derecho se dió el caso de profesores expulsados de sus cátedras por obra del sectarismo, a pretexto de defender ideas religiosas que nadie pensaba en atacar, y que el retrato de un antiguo rector de la Universidad, prócer de las letras, periodista insigne y gran ciudadano, no pudo ser erigido en el Paraninfo, como estaba dispuesto por el Congreso de la República, por oponerse a ello la vocinglería ignara y por debilidad de gobernantes que no quisieron o no supieron o no pudieron cumplir la ley. Quédese aquello y esto para ejemplo de las generaciones de estudiantes que aquí se educan y se educarán en serie interminable, y a quienes importa infundir, junto con una sólida instrucción, sentimientos de honor y dignidad, de amor al derecho, de religiosidad sin superstición ni fanatismo, de respeto a la conciencia y a la autonomía de la personalidad humana, y de culto vigilante a la libertad, para que sean lo que deben ser, sacerdotes de la justicia.

He concluido.

Félix Betancourt.

Medellín, abril 18 de 1939.

DISCURSO DE EDGAR POE RESTREPO

— 175

Señor Rector de la Universidad de Antioquia, señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Respetados miembros de la familia del doctor Villegas, señoras, señores:

Por increíble pero sencilla coincidencia se me ha honrado con la designación de que sea yo quien represente al estudiantado universitario en este renacimiento del doctor Luis Eduardo Villegas.

Y cómo no se ha de valorar en admiración de increíble coincidencia el que haya sido yo el elegido para ello, si con el mismo orgullo que mi padre dejó el aprisco de su sensibilidad apacentando en las praderas de mi temperamento, también sembró en lo más recóndito de mi ser un marcado desdén, no siempre justificado, es cierto, por las leyes que honran las memorias de ciudadanos ilustres! Porque si es verdad que todas ellas son la expresión de un invaluable sentimiento—eje de toda nacionalidad— que se denomina patriotismo, también lo es que en el Congreso de Colombia las palmas de las manos se desgonzan presurosas y sonorosamente sobre los pupitres para aprobar mociones de condolencia y disposiciones por las cuales se ordena se erijan bustos a personajes que apenas si han alcanzado a levantarse hasta el nivel de la medianía universal; y en cambio tardan veintitrés años para hacer el reconocimiento popular de méritos como los del doctor Villegas, honra en su familia, timbre de honor en el foro antioqueño, varón ejemplar en la República!

Y si atrás dije que una coincidencia sencilla, ello se debe a que el doctor Villegas consiguió aunar de todos sus actos una vida bella, y nadie está más llamado a celebrar la belleza que un poeta, aunque bien sé que en el presente caso no se trata de hacer girar las aspas de rutilos filos del paisaje, que esas ya las impulsó mi distinguido antecesor; ni tampoco ignoro que no es la tímida voz de la poesía pura la que hoy he de hacer deslizar por gargantas de surtidores admirados; mejor, aunque no se me oculta que la belleza que hoy he de exaltar es la misma que sentó Arturo Rimbaud sobre sus rodillas y encontró que era amarga. Porque belleza amarga es la de la vida del doctor Villegas: fue sólo a costa de ella misma como animó la obra jurídica que hoy celebramos: las noches de claro en claro y los días de turbio en turbio, trabajando sin cesar, pusieron fin a su salud, y así, bien puede decirse que como en el célebre "Retrato Oval", de Poe, en el que cuando el pintor termina el cuadro la modelo ha muerto porque en el lienzo la figura ha cobrado animación vital, pues el artista ha trasfundido a su obra los ritmos arteriales de la modelo.

cuando el doctor Villegas murió, por causa de sus vigiilas estudiosas, no había hecho en ellas más que transmitir su propia vitalidad a las obras suyas que hoy revivimos.

Y es por esta estrecha vinculación que existe entre el hombre y la obra, por lo que dudaba en si empezar por bruñir un medallón luminoso de las cimentadas edificaciones que levantó su capacidad jurídica, o si entonar una elegía por la frágil arcilla humana que, rota, deja escapar las esencias sutiles y a no ser por el albo pergamino y la etiópica mancha de tinta que a manera de ánfora recogen aquel perfume de la inteligencia, se dispersaría estérilmente por el espacio ilímite y abismático. Por fortuna para los jóvenes de hoy y consuelo para los sumisos espíritus de ayer, la obra del doctor Villegas, aunque desgraciadamente no está resumida y compilada en tratados, es vistosa y fácilmente consultable. Estúdiese los alegatos presentados por él en la tramitación de los negocios que se le encomendaban; léanse las respuestas a las cartas de la Gobernación del Estado Soberano de Antioquia, en las que se le solicitaban conceptos sobre tal o cual situación de derecho; véanse los fallos que dictó como Magistrado del Tribunal Superior de Antioquia y de la Corte Suprema de Justicia; investiguense las causales de sus salvamentos de voto en estas instituciones, y se verá que si no era un rebelde en el sentido lato de la palabra, si tenía de los cánones jurídicos una amplia concepción que haría relievar hoy en día a más de uno o dos amantes de las leyes, con ser que éstos actúan dentro de un régimen de legislación más o menos avanzado y a él le tocó moverse dentro del estrecho marco de las normas conservadoras. Y al referirme a los sumisos espíritus del pasado, de por demás está el decir que excluí de entre ellos a las personas que en esa época eran excepción— y aún hoy así lo representan— por su dilatada manera de pensar y su definida actitud ante los problemas políticos y religiosos. Uno de ellos es el doctor Félix Betancourt, mi profesor muy admirado y respetado, quien con las voces genuflexas en la garganta agradece la sombra bienhechora que a él, germinante apenas, le prestara la frondosidad magnánima del doctor Luis Eduardo Villegas.

En este esbozo de las que fueron las cualidades rosas de los vientos del doctor Villegas, yo abandono al patetfamilias para que como a través de un caracol la música marina, acendren los hijos en ellos mismos la admiración y el respeto a que tan acreedor es su padre. Relego el amigo a la cariñosa gratitud de los que fueron sus íntimos, para que se gocen en el recuerdo de sus actos de gallardo desprendimiento y sacrificio. Dejo al caballero para que lo justiprecien los que conocieron de sus ademanes protocolarios. Me ausento del militar y del político para que los

que fueron testigos de las desgraciadas circunstancias en que le tocó actuar cuando la capitulación hecha por él en nombre del Gobierno de Antioquia, en el año de 1885 juzgadas éstas, y tenidos presentes la dedicatoria del libro "Por la América del Sur", hecha en 1908 por el doctor Rafael Uribe Uribe al doctor Villegas, y que dice:

"Como recuerdo de una amistad que no ha debido interrumpirse, Rafael Uribe Uribe dedica estos tomos al eminente jurisconsulto doctor Luis Eduardo Villegas",

y este aparte de la respuesta agradecida que dió el doctor Villegas al doctor Uribe Uribe:

"Su abrazo es correspondido por mí con otro bien estrecho de mi parte. Lo dicho, dicho: lo ocurrido de principios de 1885 a fines de 1907 será para nosotros un paréntesis que no recordaremos en lo sucesivo y que se ha cerrado con un fraternal abrazo", den su voto imparcial, ya que el mismo Uribe Uribe así lo hizo. Coloque en un semisilencio al poeta en ciernes que hubo en él, y que se extinguió cuando soplaron sobre su fuego sagrado los vendavales de su propia crítica.

Me descubro ante el gramático agudo que alentó su pluma y cuyas actuaciones fueron calurosamente admiradas por la Academia de la Lengua Española y por autoridades como el doctor Rufino José Cuervo, y espero ansioso la publicación de sus *Analectas*, obra esta en que glosó maravillosamente a don Miguel de Cervantes Saavedra en su "Don Quijote de la Mancha",

"Rey de los hidalgos, señor de los tristes,

.....
Caballero errante de los caballeros,

Varón de vorones, príncipe de fieros,

.....
Noble peregrino de los peregrinos.....".

Hoy me acerco al jurisconsulto que hubo en él: compendia una fase de nuestro derecho.

Porque con la desaparición del doctor Luis Eduardo Villegas, acaecida hace en este día veinticuatro años exactos, no se ausentó solamente un jurisconsulto y una de las pasajeras unidades que integramos esta dolorosa peregrinación de seres que como dijera el gran nicaragüense no sabemos adónde vamos ni de dónde venimos; al igual que con la muerte del prismático Efe Gómez no se extinguió su arcilla corporal únicamente,

sino que con su animula huyó la postrera y más genuina representación de una época en que "entonces sí los hombres eran hombres y pasiones las pasiones", con la desaparición terrena del doctor Villegas fugóse también la quintesencia de la época jurídica comprendida entre 1848, año de su nacimiento, y 1915, reposo final. Pues sin situarlo en plano de inferioridad y disentiimiento ideológico con el doctor Fernando Vélez, por fuerza de la denominación, si éste representó el polo norte del derecho, tocóle al doctor Villegas ocupar el polo sur: en torno del eje Vélez-Villegas giró la vida jurídica nacional contemporánea.

Marcó su trayectoria de jurista un constante ascender, y bien puede decirse que debía ostentar por lema el "Más arriba de la vida!"; grito de angustiosa superación de Rodembach. Cuando aún era un estudiante, ya sus condiscipulos figuraban como sus discipulos; más tarde formó parte del Tribunal Superior de Antioquia; cuando reposó sobre la tierra, fatalmente, como el fruto maduro, cumplía como Magistrado el periodo constitucional para el que se le había elegido en la Corte Suprema de Justicia. Y era de verlo en el desempeño de sus obligaciones, adherido al deber como la mujer al amor y la luz a un lucero, mimetizado con él, hasta el extremo de que llegó a hacerse conducir por sus familiares, gravísimamente enfermo ya, de su lecho a la sala de deliberación, con el objeto único de salvar su voto. Y aplicando en esta ocasión las mismas palabras que empleará en otras circunstancias semejantes, estoy seguro de que cuando su esposa, reconviniéndole cariñosamente le decía: Luis Eduardo, el cumplimiento del deber no está antes que la salud; tú te matas trabajando sin necesidad, y nadie te reconoce ese sacrificio", debió responderle: "Me lo reconozco yo, y tratándose del cumplimiento del deber sí que puede decirse que Lúculo come en casa de Lúculo".

Porque poseyó el doctor Villegas una rectitud espiritual que lo hizo en mas de una ocasión restallar su prosa castiza contra los advenedizos, y así aconsejaba con un sentimiento de impaciencia no contenido que "...Si se trata, por ventura, de un funcionario judicial que, pisoteando todo lo que se les debe a Dios, a la Moral y a la Ley, se convierte en abogado de la parte contraria y sea el más firme sostén de ella; que a ojos vistas y con descaro viole obvias disposiciones, para favorecer al litigante preferido; que muestre su rabia feroz hacia el que trate de pararle en tan peligrosa pendiente; que, tras sus saltos de acróbata deje ver la simpatía o la antipatía, la bolsa de oro o la ristra de billetes de banco, como causa de esas iniquidades; en pocas palabras, que prevarique, échense a un lado todas las consideraciones. Que gimán los tórculos, que la acusación surja, que se pida sin miedo la condigna pena. Ese no es ya un Ma-

gistrado ni un Juez, sino un malhechor público. Se le debe derribar, como se abate una fiera bravía en los cortijos del Río Cauca, y en medio de los bramidos con que el animal hiere la selva, asentarle el hierro en ascuas que le marque por toda la vida".

Ahí tenéis su auto-retrato espiritual. En esas líneas trazó con una diáfana claridad la manera como obró él en su vida. Cada una de ellas es un símbolo de los preclaros dones con que le dotó naturaleza. Como a su caro amigo de toda su estimación doctor Antonio María Restrepo Cadavid, el titiribiseño pensosamente olvidado entre la nómina de la reciente consagración, adornaba al doctor Villegas una perpendicularidad anímica que lo hacía enguir el rostro muy al firmamento con sólo pensar que había más de uno que traficaban con sus conciencias. Y como lógica consecuencia de lo anterior, ha de decir que ambos miraron su oriente judicial en el tan llevado y traído pensamiento de Restrepo Cadavid:

"La ley no tiene corazón, y el magistrado que le presta el suyo, prevarica".

Es una frase cincelada en luminosidad de varonismo espartano que no podía haberme abstenido de citar por trajinada y por temor de que se me tachase de arcaísmo. Acaso porque las danzas de las nubes se suceden diariamente, y los caracoles modulan la música del mar en una música continua, y las estrellas se ciñen el nimbo de su propio resplandor en el escenario de cada noche, son menos bellos las nubes, los caracoles y la estrellas....?

Y cuando su pluma diseñaba los deberes y las obligaciones del abogado, se revestía de una enérgica altivez, cualidad ésta echada en olvido por la reciente generación que acostumbra ataviarse con las pieles de los carneros de Panurgo.

Escuchemos al doctor Villegas:

"Conviene que sea mesuradísima la conducta del abogado con los funcionarios del poder Judicial. Desde luego ha de ser no sólo respetuoso además, sino cortés en el mayor grado posible. Las augustas funciones que el soberano ha confiado a esa rama del gobierno impone el respeto y la cortesía, no es más que la manifestación práctica del respeto. En todas las palabras y actos del abogado han de reflejarse, pues, las consideraciones hacia los Magistrados y Jueces. Zaherirlos por puro gusto, sería grosería; demostrarlos, salvajez. Las más exquisitas sensaciones con ellos son siempre el distintivo del abogado culto.

Pero el respeto y la cortesía que preconizo, no están reñidos con la verdad y el valor civil en grado heróico, si fuera necesario. No es falta de respeto decirle decorosamente a un funcionario judicial que ha errado

y mucho menos el probárselo. Cuando el Magistrado o Juez, olvidando el respeto a las partes, a que está especialmente obligado, gaste con el jurisconsulto lenguaje inconveniente, el jurisconsulto puede responderle con severa dignidad. Cuando el magistrado sin motivo alguno, se propase hasta la diatriba, el jurisconsulto debe hablarle con noble altivez....”.

Es, pues, este admirable y maravilloso entendimiento de lo que es el abogado lo que hoy celebramos aquí; es la luminosidad con que el doctor Villegas defendió palmo a palmo lo que él opinó que eran sus derechos lo que hace brotar esta cálida admiración en nosotros por él; fue su probidad como magistrado, su caballerosidad, sus dones de amigo ciceroniano, su pluma recamada en montaje cervantino, lo que aquí nos congregó. Su retrato apenas es el trampolín que nos conduce desde su frente de playa tropical y su bigote de niebla londinense hasta las diamantinas interioridades de su conciencia. Ahí lo tenemos, señores estudiantes de derecho; que su gallarda figura, reflejo de su alma superior, permanezca aquí por siempre entre nuestra admiración y nuestro respeto, suspendida como la espada de Democles, pronta a romper el hilo vital de aquel de los que aquí nos congregamos, que, desgraciadamente se prestare a prevaricar.

Y parafraseando a Fraulein Tesman en Hedda Gabler, digamos:

“Es maravilloso, Dios nuestro; ahora Luis Eduardo Villegas está, al mismo tiempo, con nosotros y en el cielo.....”.

He dicho,

Edgar Poe Restrepo

DARIO ECHANDIA

CONCEPTO SOBRE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

Roma, marzo 13 de 1939.

Señor doctor don Carlos Lozano y Lozano, ministro de gobierno.

Bogotá.

Señor ministro:

Muy digna de sus muchos méritos como jurista y adecuada, además, a sus ideas políticas, me parece la iniciativa de revisar nuestras leyes civiles. Y me siento vivamente honrado de que usted quiera algunas opiniones mías sobre este proyecto que habrá de contribuir eficazmente al progreso jurídico del país en que el liberalismo se ha venido empeñando desde que asumió el poder.

Porque estará usted de acuerdo en que la reforma debe tener carácter político e inspirarse en una concepción no meramente técnica, sino, sobre todo, social del derecho, a cuya realización debe contribuir la técnica jurídica. El partido liberal necesita tener una política del Código Civil como de la Constitución o de los problemas sociales. La renovación de los códigos es consecuencia forzosa del cambio que se ha verificado en las direcciones políticas del país. Y el partido en el tiempo que lleva de influir efectivamente en la dirección de los negocios públicos, no ha descuidado, por cierto, esa renovación.

Empezó por la Constitución y se cuentan, además, entre los mayores empeños en este sentido, el cambio de la legislación penal, en el cual tuvo usted tan decisiva participación, y los estudios ya iniciados para modernizar el Código de Comercio. Ahora toca el turno al Civil, campo en el cual se han cumplido innovaciones de importancia trascendental gracias a las cuales ha venido a desaparecer, en mucha parte, la legislación vieja. Entre e-

Has recuerdo las siguientes: respecto de bienes en el matrimonio, la ley 28 de 1932 cambia radicalmente el sistema del Código, o sea, el de comunidad de bienes e incapacidad de la mujer, por otro que da a ésta plena capacidad y establece como legal el sistema de separación, sin perjuicio de que, al disolverse el matrimonio, se provea eficazmente a hacer partícipes a ambos esposos en las adquisiciones hechas durante la vida común; la llamada ley de tierras, 200 de 1936, constituye también una modificación sustancial en lo relativo a dominio y posesión de bienes raíces. Esta reforma cambió el concepto mismo de posesión de inmuebles y el sistema de la prueba del dominio, asentó el principio de la relatividad de este derecho y la idea de aprovechamiento económico de la tierra como base de él, y consagró por primera vez entre nosotros, en una ley escrita, las doctrinas del enriquecimiento indebido, el abuso del derecho y el fraude a la ley. En punto a filiación natural, la ley 45 de 1936 vino a "restaurar uno de los más vetustos tramos de nuestra arquitectura institucional". Ella "quiso devolver a millones de ciudadanos la dignidad y el derecho a la vida civil que leyes reaccionarias les habían arrebatado". Tiene grande importancia la 70 de 1931, que introdujo el patrimonio familiar al sistema del Código. En lo tocante a sucesiones, la misma ley 45 de 1936, que admitió a los hijos naturales a concurrir con los legítimos en la sucesión del padre y la 60 de 1935 que limitó el derecho herencial de los colaterales al cuarto grado, constituyen, sin duda, innovaciones de fondo. Las leyes 50 de 1936 sobre prescripciones y nulidades civiles y 40 de 1932 sobre registro y matrícula de la propiedad, merecen mención. La primera versa sobre la prescripción e introdujo un cambio tan fecundo en consecuencias económicas como es el de acordar sus términos, y la disposición sobre nulidades que "cambia sustancialmente el sistema colombiano de las absolutas, ya que, de un lado, conserva la facultad que tienen los jueces para declarar nulo el acto y el ministerio público para atacarlo y, además, concede acción a todo el que tenga interés en ello, incluyendo a quien ha ejecutado el acto o contrato nulo, para recurrir a la justicia a fin de que se destruyan los efectos de lo aparente". La ley de registro y matrícula de la propiedad ha contribuido muy eficazmente a modernizar nuestro sistema de la prueba de la propiedad raíz.

Me parece que este conjunto de reformas es tal en cuanto a extensión y profundidad, que sería injusto afirmar que después de ocho años de gobierno liberal el viejo Código Civil —tan atrasado por algunos conceptos— no ha sido transformado en gran parte y con sana dirección, tratando de resolver problemas propios, pero aprovechando la enseñanza y experiencia de naciones de cultura más densa y de más larga travesía en el campo del derecho.

Pero reconocer que la reforma se ha venido cumpliendo en parte no desdeñable, no se opone en manera alguna a la necesidad de un nuevo y definitivo esfuerzo que complete la actualización de nuestras leyes civiles. Bien al contrario, por lo mismo que este Código de don Andrés Bello, por obra de recientes cambios, ha perdido ya la vieja fisonomía que le daban tradiciones francesas, españolas, canónicas y romanas, hasta el punto de que bien puede decirse que como unidad orgánica, como digesto, como código, ha desaparecido, es por lo que parece de mayor oportunidad acometer una revisión total de sus preceptos con el objeto de poner los anticuados a nivel con los nuevos, de manera de alcanzar, sobre la base de las enmiendas últimamente hechas, la unidad lógica y la trabazón o articulación orgánica que han de constituir el futuro código. Quiero decir que el mismo espíritu que ha inspirado las reformas parciales, debería presidir a la revisión del conjunto: el de la democratización de la ley civil. Concibo la reforma como una continuación del esfuerzo en el sentido de dar protección a los débiles en la lucha económica, de reconocer la relatividad de los derechos privados subordinándolos a su validez o licitud desde los puntos de vista social y moral. En una palabra, creo que la reforma civil debe ser el desarrollo del contenido del artículo 10 del acto legislativo número 1 de 1936.

LA CONSTITUCION Y EL CODIGO

Allí se lee: "La propiedad es una función social que implica obligaciones". La palabra "propiedad" está empleada en su más amplio sentido, como sinónimo de "derechos patrimoniales", sentido en el cual el artículo 670 del Código Civil dice que "sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad". Decir que la propiedad implica obligaciones resultantes de la función social que desempeña, equivale a decir que los derechos privados están limitados por la finalidad social a que obedecen.

Por eso el código debería consagrar, como principio supremo de interpretación de la ley, el de que ésta no protege los derechos privados sino en cuanto su ejercicio se acomoda a su finalidad o función social. Es decir, la teoría del abuso del derecho. Esta es la nueva orientación constitucional del país, que debe traducirse en preceptos positivos del Código Civil. Para completar este concepto de objetivización o, si se quiere, socialización del derecho característico de la especulación jurídica moderna, debería adoptarse también las ideas de enriquecimiento indebido y fraude a la ley. El enriquecimiento indebido es una fuente especial de obligaciones civiles, pero también un criterio general de apreciación de los actos jurídicos, o de sus efectos o, mejor, un límite al ejercicio de la actividad

jurídica individual, puesto en vista del interés social. Este principio establecido como regla que domine el conjunto de las instituciones civiles y agregado al del abuso del derecho, daría a los preceptos del Código una grande elasticidad y los colocaría bajo el signo del interés social y la regla moral. Por último, el principio del fraude a la ley completa el trío de teorías directrices que debería guiar a los jueces.

Entre estampar el frente del Código la norma general de que las leyes no protegen el abuso del derecho, ni el enriquecimiento sin causa, ni el fraude a la ley y decir como el artículo 50. de la ley 153 de 1887, que dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador, hay apreciable distancia. La expresión **equidad natural** es vaga, suele representar más que todo un sentimiento, hecho subjetivo que varía según las circunstancias y personas. En cambio, los conceptos de función social, del derecho privado, abuso del derecho o enriquecimiento indebido son más objetivos, constituyen figuras o construcciones de la ciencia o la doctrina jurídica con alcance más preciso y que limitan mejor el dominio de los derechos consagrados en el Código, que la simple idea de la justicia abstracta.

Los códigos suelen ser parcos en reglas de interpretación de la ley. Indican si la manera de suplir a la falta de textos legales aplicables a un caso determinado. La ley puede presentar vacíos o por incompleta visión de parte del legislador, de las varias posibles contingencias, o porque la evolución social produce relaciones siempre nuevas y cada día más complejas, y el artículo 48 de la ley 153 de 1887, copió del código napoleónico el principio de que los jueces y magistrados que rehusan juzgar pretextando oscuridad o insuficiencia de los textos incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia. Casi todos los códigos se contentan con decir que en tal evento se apliquen las disposiciones que regulan casos análogos y, a falta de éstas, **los principios generales del derecho**. El suizo establece que en los casos no prescritos por la ley, el juez decide según la costumbre y, en defecto de ésta, según la regla que el mismo adoptaría si fuera legislador, inspirándose en la doctrina y en la jurisprudencia más autorizadas. Esta disposición ha escandalizado no poco a los tradicionalistas como que da un poder excesivo al juez al asimilarlo a legislador. Sin embargo, nuestra ley 153 habla de la costumbre (artículo 13), que, siendo general y conforme con la moral cristiana constituye derecho a falta de legislación positiva, y de la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. La doctrina constitucional, por haber cambiado fundamentalmente en cuanto al concepto de derechos privados, ha venido a cobrar, como

norma para suplir al silencio de la ley, una importancia grandísima no sospechada acaso por los legisladores de 1887. Y así resulta que la ley 153 al decir que, en defecto de textos legales aplicables, el juez apele a la costumbre o a la doctrina constitucional o a las reglas generales de derecho, le da al intérprete facultades no menores que las del código suizo.

Por lo demás, los conocidos argumentos contra el principio de la relatividad de los derechos privados, fundado en que con él se debilita la propiedad y se conmueven los fundamentos de la organización social, podrían y fueron efectivamente invocados contra la reforma de la Constitución. Inútil repetir las muchas razones con que se demuestra que lejos de poner en peligro la propiedad privada la solidifica porque le quita sus odiosos aspectos egoístas, según expresión del doctor Santos. Lo cierto es, sí, que estas teorías constituyen instrumentos de gran delicadeza y requieren para su acertado manejo buenos jueces. Sería, pues, de la mayor oportunidad que, al tiempo que se acomete la reforma legal, se lograra al fin realizar la judicial. La una vendría a completar la otra.

No creo que sea la reforma del libro cuarto del Código la sola urgente. Es verdad que a los libros primero, segundo y tercero se les han hecho modificaciones tan importantes como las de las leyes 28 de 1932, 45 de 1936, 209 de 1936 y 60 de 1935, ya mencionadas. Pero también es cierto que se necesita acomodar a ellas el resto de la legislación. En materia de organización de la familia y del patrimonio corporal es acaso donde las reformas tienen una repercusión más viva e inmediata y donde se prestan a mayores contradicciones y disputas según las teorías sociales y políticas que se profesen. Allí es donde, desde remotos siglos, se han consagrado las desigualdades sociales más irritantes, las que dan aptitudes distintas para ejercer sus derechos a las personas según el sexo, condición u origen de ellas. Allí se establecieron las diferencias entre el hombre y la mujer en la vida civil o entre los hijos legítimos y los ilegítimos. Es lógico, pues, que una revisión de Código Civil con criterio liberal, empiece por el libro primero.

SITUACION DE LA MUJER CASADA

El régimen legal de comunidad de bienes bajo la jefatura del marido, cuyo patrimonio y el de la sociedad conyugal se confundían y en q' éste era el único de los cónyuges capaz de administrarlo, fue substituído por uno combinado q' conserva teóricamente dicha sociedad para q' produzca efectos al disolverse el matrimonio, pero de modo que durante éste cada uno de los esposos disfrute de plena libertad y capacidad jurídica y del goce completo

de los bienes que adquiriera. Este sistema, inspirado en algunas legislaciones muy recientes, tiene la indudable ventaja de combinar la libertad y capacidad plenas de la mujer con las realidades sociales y la justicia, ya que tiene en cuenta el hecho de la cooperación de ambos cónyuges en la formación del patrimonio familiar. "Un régimen de separación pura y simple lesionaría sus derechos (los de la mujer), porque habiendo ella trabajado toda su vida se vería sin ningún patrimonio a la muerte del marido; en tanto que la concepción de la comunidad de adquisiciones, sin menoscabar la libertad de los cónyuges durante su vida, asegura en fin de cuentas a la mujer una parte de las economías a cuya formación ella contribuyó ampliamente". En mi concepto, la ley 28 de 1932 encontró una fórmula afortunada que debería conservarse en sus líneas generales.

Esta ley se inspiró en el deseo de igualar a los sexos frente al derecho privado. Pero algunas disposiciones sobre organización de la familia como la que niega toda participación en el ejercicio de la patria potestad a la madre en concurrencia con el padre, parecen anacrónicas y responden a los mismos prejuicios en que se fundaba el antiguo régimen de bienes. En lugar de imponer una rígida jefatura en el seno de la sociedad matrimonial podrían adoptarse algunas disposiciones que establezcan la reciprocidad y colaboración de los esposos en todas las relaciones fundamentales de la vida doméstica.

OBLIGACION ALIMENTARIA

En el capítulo que trata de estas obligaciones se echa de menos la disposición que las establezca entre hermanos a la manera del artículo 332 del código suizo y de otros modernos.

BIENES

Evidentemente la división de los bienes en muebles e inmuebles con la intención de dar mayor protección a los últimos, resulta hoy superada por las realidades económicas. La parte más preciosa del patrimonio ya no suele ser la inmueble y la división desde este punto de vista del mayor valor no coincide ya con la antigua que se funda solamente en el hecho de que los cuerpos puedan o no cambiar de lugar. Por consiguiente, sería el caso de adoptar una clasificación que tenga en cuenta la mayor o menor importancia de las cosas en el patrimonio, sin perjuicio de conservar la de muebles e inmuebles dentro de los límites de su utilidad (publicidad de las transacciones, registro y matrícula, etc.). Parece, además,

falta de fundamento y ocasionada a dificultades prácticas la teoría de los inmuebles por destinación (artículo 658 y siguientes del Código) que podría reemplazarse simplemente por el concepto de accesión o de pertenencia, como en el proyecto de nuevo código italiano: "Pertenencias son las cosas que, según la opinión común, son destinadas de manera permanente al servicio de otra cosa y efectivamente aplicadas a su servicio".

"Tal aplicación, debe ser hecha por el propietario de una y otra cosa".

"Las pertenencias siguen la suerte de las cosas a que son destinadas, pero el propietario, salvo los derechos de terceros, puede hacerlas objeto de transacciones separadas".

NOCIÓN DE PROPIEDAD

La definición del artículo 669: "Derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno", está evidentemente en oposición con el texto constitucional de 1936. El término "arbitrariamente" da su fisonomía característica a este concepto desusado de la propiedad privada. Introdúzcase la noción de función social en esta definición y sustitúyase por ella la de goce y disposición arbitraria y se tendrá una idea que cuadra con la de la constitución. Podría ser así: "el derecho de gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, conforme a la función social del mismo derecho, y dentro de los límites impuestos por las leyes y reglamentos y por los derechos ajenos". Si se hubiera de adoptar una definición de la propiedad —de la cual podría muy bien prescindirse dejándola a la doctrina— sería forzoso incluir como limitativo de la potestad plena sobre la cosa.

LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Dentro del criterio de la relatividad de los derechos subjetivos, se impone la necesidad de limitar el ejercicio de la propiedad por consideraciones de interés social. La primera limitación es la de expropiación que podría reglamentarse, en términos generales, dentro de las nuevas normas de la Constitución, sobre todo con el fin de precisar algunos casos en que no debe haber lugar a indemnización (inciso final del artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936).

A esta idea de la alimentación en interés general se refieren algunas disposiciones de los códigos modernos, que caen dentro de lo que el nuestro llama servidumbres legales y que en otros suelen llamarse derechos de vecindad. Entre ellos está el del que es amenazado o perjudicado por-

que un propietario abusa de su derecho para obligarlo a volver las cosas al estado anterior o a tomar las medidas necesarias para evitar el peligro, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar por los daños causados (artículo 679 del código suizo): "el propietario está obligado, en el ejercicio de su derecho sobre todo cuando se trata de trabajo o empresas industriales, a abstenerse de todo abuso que perjudique a la propiedad vecina especialmente de las emanaciones de humo u otras incomodidades semejantes, ruidos, trepidaciones perjudiciales, que excedan la tolerancia debida entre vecinos según la costumbre local y la situación y naturaleza de los inmuebles" (artículo 684 *ibidem*). Igualmente se prohíben las construcciones o excavaciones hechas en el propio fundo pero que perjudiquen al vecino exponiéndolo a un daño o comprometiendo las obras que en él se encuentren. En fin debería reglamentarse las obligaciones de vecindad completando el título de las servidumbres legales y dentro del principio de la limitación del ejercicio de la propiedad por las nociones del interés social y abuso del derecho.

LA POSESION DE INMUEBLES

La teoría de los artículos 785 y 789, o sea la llamada posesión inscrita consagrada simultáneamente con la material es acaso uno de los lugares más defectuosos y ocasionados a confusiones y embrollos en nuestro código. En realidad la posesión es un hecho, el poder "de facto" que se tiene sobre la cosa, y la simple inscripción de un título puede no ir acompañada de este hecho. El mismo código al decir que la posesión es la "tenencia" de una cosa determinada con ánimo de dueño, está indicando claramente que se trata de un poderío material. Hay, pues, una evidente oposición entre la idea tradicional y económica de posesión y el precepto de que respecto de inmuebles, ella no se puede adquirir y perder sino mediante una inscripción en el registro. La confusión más frecuente a que tal antinomia se presta es la que ocurre entre título de dominio y posesión, confusión que en la práctica es ocasionada a no pocos errores e injusticias sin que por otra parte se vean las ventajas de este sistema híbrido y falso.

Un concepto de posesión que se funda en el aprovechamiento económico de las cosas no me parece compatible con la teoría de la posesión inscrita. En verdad, el criterio que consulta las realidades y conveniencias sociales, ha sido expresado en el artículo 10. de la ley de tierras y es el que debería generalizarse en el código que, por lo demás, sin perjuicio de lo que dispone en los citados artículos 785 y 789, lo acoge en el 981.

OBLIGACIONES Y CONTRATO.

DIVISION DE MATERIAS

La división más racional del libro IV parece ser la que destina una primera parte de este libro a las obligaciones en general y la segunda parte en los códigos más modernos suele ser así: 1o. Fuentes de las obligaciones (contratos en general, promesa unilateral, gestión de negocios, pago de lo no debido, enriquecimiento sin causa, actos ilícitos); 2o. Efecto de las obligaciones; 3o. Diversas especies de obligaciones; 4o. Extinción de las obligaciones; 5o. Cesión de los créditos; 6o. Prueba de las obligaciones. En la segunda parte se reglamenta cada una de las categorías de contratos en particular.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Es demasiado sabido que nuestra división de las fuentes (contratos, cuasi-contratos, delitos, cuasi-delitos, ley) es errónea y arbitraria. Errónea, porque las expresiones cuasi-contratos y cuasi-delitos son una transcripción errada de textos romanos; arbitraria, porque esta división carece de fundamento racional. Las disposiciones de los artículos 1494 del código y 34 de la ley 57 de 1887 deben, pues, suprimirse y sería preferible no reemplazarlas. Una clasificación de las fuentes de las obligaciones es cosa que no corresponde al código sino a la doctrina. Por lo demás, parece que la única que tendría algún fundamento sería la que las dividiera según que las obligaciones nacen de la voluntad de las partes (contratos) o de la ley. Respecto de estas últimas es preferible enumerarlas a intentar clasificarlas. Por lo demás, la cuestión carece de importancia práctica.

En la noción misma de obligación es forzoso hacer entrar en el código las concepciones modernas que, como resultado de cambios fundamentales en el medio social y en las circunstancias económicas, han traído una modificación profunda del antiguo concepto romano adoptado por el código napoleónico y por el nuestro. La idea de interés social juega aquí también papel importante. Tratándose del derecho de las obligaciones ella se manifiesta de dos maneras: por una tendencia a restringir la libertad de contratar teniendo en consideración los móviles del acto y la necesidad de proteger a la parte más débil, y por otro a separar la noción de responsabilidad jurídica de la culpabilidad subjetiva.

En esta materia de las obligaciones bien puede decirse que se siente más que en cualquiera otra parte de la legislación civil la base económica de

las relaciones jurídicas. Las conveniencias y necesidades de este orden suelen valer tanto, por lo menos, como la consideración de la moral pura. Y ahora cuando la economía del mundo aparece revolucionada por causas superiores a la previsión y al control humanos, es también cuando el derecho de las obligaciones sufre transformaciones más hondas. Naturalmente en esta materia, nuestro código, dada la antigüedad de su fecha de expedición, aparece muy retrazado, sobre todo si se tiene en cuenta, como usted muy acertadamente lo observa, que: "nuestra jurisprudencia se manifiesta un tanto incoherente y excesivamente tímida".

Las máquinas y el desarrollo industrial, la concentración de capitales y el advenimiento de las grandes empresas han influido principalmente en la teoría de los contratos. En esta materia, como usted lo insinúa muy acertadamente, es necesario injertar en nuestro código algunas nociones o construcciones jurídicas contemporáneas, que respondan a las circunstancias económicas del día y consulten la justicia dentro de las realidades sociales. Las enmiendas, entre otras, podrían ser estas:

a) Dar al juez la facultad de reducir las obligaciones de una parte o de anularlas, si resultan manifiestamente desproporcionadas con la ventaja o ganancia que dicha parte obtiene con el contrato o con las prestaciones a que se obliga el cocontratante, sobre todo si dicha lesión ha sido ocasionada por la explotación de la indigencia o necesidad o inexperiencia o irreflexión de la parte perjudicada; (teoría de la lesión).

b) Dar al juez la facultad de modificar los contratos para adaptarlos a los nuevos hechos siempre que, contra toda posible previsión en la época del contrato, sobrevienen posteriormente circunstancias económicas tales que hacen la ejecución de él demasiado onerosa para algunas de las partes. Es decir, la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" o de la teoría de la imprevisión o imposibilidad económica, dentro de la idea de que el contrato es "un organismo susceptible de desarrollo por causas posteriores a él", y de que el juez debe resolver los litigios no sólo desde el punto de vista abstracto del derecho sino también desde el punto de vista económico y social;

c) Reemplazar en la responsabilidad extracontractual la noción de "culpa" por la de "riesgo", o ya que se conserve la de culpa, establecer que en el caso de daño causado por hecho de una persona la culpa se presume, a menos que se pruebe que el daño fue causado por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero, o, en general, que se demuestre alguna causal de justificación o excusa.

d) Completar la reglamentación del código en lo relativo a responsabilidad civil por los delitos y las culpas, previendo casos especiales, como

accidentes de automovillamo y aviación y estableciendo la responsabilidad por abuso en el ejercicio de un derecho y la que incumbe a todo el que crée, vigile o dirija una organización cuyo funcionamiento sea susceptible de perjudicar a otros y la responsabilidad de los médicos, cirujanos, farmacéutas y profesionales en general.

e) Renovar la teoría de las nulidades de manera de proteger al contratante considerado en condiciones de inferioridad (el público en los contratos de adhesión, los trabajadores u obreros en los contratos de trabajo, los colonos o arrendatarios en los contratos de arrendamiento de tierras, etc.) de manera de establecer cláusulas favorables a estos, que se consideren de orden público y cuya renuncia sea nula, como sería la renuncia de la cláusula de responsabilidad en los contratos de las compañías de transporte, del término del desahucio en los arrendamientos, etc.

f) Consagrar el enriquecimiento indebido como fuente de obligaciones, o sea, establecer que quien se enriquezca sin causa legítima y en perjuicio de otra persona está obligado, dentro de los límites de dicho enriquecimiento, a indemnizarla de la disminución patrimonial que por ello se le haya causado.

g) Modificar las condiciones generales de validez de los contratos de manera de dar cabida al error de derecho como vicio del consentimiento cuando recaea sobre la causa única o principal del contrato y reglamentar mejor lo relativo a dolo, fraude y simulación, estableciendo que el silencio intencional de una de las partes respecto de un hecho tal que si el otro contratante lo hubiera conocido, no habría contratado, vicia el contrato, admitiendo la anulación de éste por causa de dolo de un tercero, si una de las partes tuvo conocimiento de él, y previniendo el fraude a la ley en los contratos.

h) Reglamentar especialmente ciertos contratos que tienen mayor importancia dentro de la economía agrícola colombiana, como el de arrendamiento de predios rústicos y de colonato, dentro del espíritu de la ley de tierras y por medio del establecimiento de presunciones y cláusulas tácitas, consideradas como no renunciables, con el ánimo de dar protección a los trabajadores del campo.

i) Reglamentar especialmente el contrato y las conveniencias colectivas de trabajo, de acuerdo con la técnica moderna y con la finalidad de proteger a los trabajadores y cumplir y desarrollar el precepto constitucional de que "el trabajo... gozará de la especial protección del Estado".

Estas, tal vez, dentro del cuestionario del ministerio, son las materias que más urgentemente reclaman reforma, para buscar la adaptación de las leyes civiles al espíritu de la nueva constitución y al de las inno-

vaciones ya cumplidas en el cuerpo del código. Una duda de procedimiento surge: será más oportuno y conveniente acometer la confección de un nuevo código que continuar con el método, empleado hasta ahora, de las reformas parciales? Usted sabe que en Francia, donde el movimiento de transformación del derecho privado, por la vía legislativa y jurisprudencial, ha sido tan intenso, prevalece la opinión de quienes prefieren estas reformas parciales y paulatinas a una nueva codificación. Entre nosotros, como lo observé al principio, este procedimiento de las reformas parciales no puede calificarse de infructuoso puesto que nos ha conducido a rehacer tramos enteros del código, como los anotados atrás. Con la ventaja de que, por una parte, de esta manera pueden experimentarse los efectos de la reforma e ir corrigiendo sus imperfecciones, en tanto que una codificación general tiene siempre el carácter de algo hasta cierto punto definitivo y muy estable; y por otra, las resistencias naturales al cambio de legislación suelen ser más fácilmente superadas, cuando se trata de leyes sobre materias especiales. Si se piensa en lo laborioso de la expedición de leyes como la de régimen de bienes en el matrimonio o la de tierras, se comprende que es harto difícil la expedición de un código que encierre reformas sustanciales en la reglamentación de la familia o de los derechos patrimoniales. Pero esta parece más bien una cuestión de táctica parlamentaria que de técnica jurídica. De todas maneras, como ideal legislativo, es ciertamente preferible la codificación de conjunto aun cuando sea, necesariamente, mucho más lenta y laboriosa si se quiere hacer obra que preste garantía de estabilidad.

Soy del señor ministro muy atento servidor,

DARIO ECHANDIA.