

393383

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS  
Universidad de Antioquia



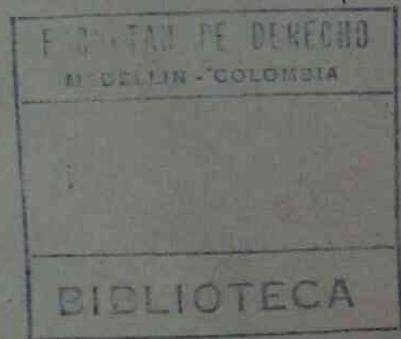
6-394556

# Estudios de Derecho

Organo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
de la Universidad de Antioquia.

Medellín  
Colombia

Abril  
de 1950



VOLUMEN XII — No. 34

Apartado postal No. 155

~~0286~~

5881

---

---

La correspondencia, colaboración, canjes etc., debe dirigirse a «Relator de la Revista ESTUDIOS DE DERECHO de la Universidad de Antioquia - Apartado 155 - Medellín, Colombia».

Se permite la reproducción de cualquier artículo siempre que se cite su autor y el nombre de esta Revista.

---

---



# Estudios de Derecho

PUBLICACION TRIMESTRAL

## DIRECTORES:

DR. GUILLERMO URIBE ENRIQUEN  
Rector de la Universidad.

DR. DAVID CORDOBA W.  
Decano de la Facultad.

DR. FRANCISCO KNEVEBERG E.  
Secretario de la Facultad.

## REDACTORES:

DR. MIGUEL MORENO ZARAVILLO  
Profesor de Introducción al Estudio del Derecho.

DR. EUDORO GONZALEZ GOMEZ  
Profesor de Derecho Civil.

DR. ANTONIO A. FARRÓ  
Profesor de Procedimiento Civil.

DR. LACARO TUDON  
Profesor de Derecho Procesal.

DR. BERNARDO CEBALLOS URIBE  
Profesor de Derecho Penal Colombiano.

## RELATOR:

JAIRO JIMENEZ RAMIREZ.

*Las Obligaciones  
en el Derecho Civil  
Colombiano*



POR EL DR.  
EUDORO GONZALEZ GOMEZ



# Las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano

(Continuación)

---

## CAPITULO XI Teoría de la Imprevisión

En el Capítulo IX se habló de la fuerza obligatoria de los efectos del contrato; allí se dijo que las convenciones, voluntarias en su formación son necesarias en su cumplimiento y que solo la fuerza mayor o caso fortuito que imposibilite al deudor para ejecutar su obligación, lo exonera de la responsabilidad contractual.

Y esto es lo cierto. La fuerza obligatoria de los efectos del contrato es un postulado de necesidad en todo grupo social jurídicamente organizado. Si una parte, pretextando dificultades, inconveniencias o pérdidas pudiera desconocer y deshacerse de la obligación legalmente contraída, la vida convencional se extinguiría.

Es la lealtad a la palabra empeñada, la buena fe en la ejecución de los compromisos, a pesar de los sacrificios y quebrantos patrimoniales que puedan experimentarse, lo que la ley exige a todo contratante.

Con todo, en los últimos tiempos ha venido prosperando la llamada teoría de la imprevisión, tesis ésta que tiende a debilitar un poco ese principio de la obligatoriedad de los efectos de los contratos. Según dicha teoría cuando las prestaciones se han diferido y muy especialmente en las obligaciones surgidas de los contratos de tracto sucesivo, si estas se han hecho excesivamente gravosas por motivo de acontecimientos posteriores e imprevistos al tiempo de

la contratación, la parte lesionada con los nuevos y no previstos factores, puede solicitar del Juez la revisión o modificación del contrato a fin de que las prestaciones excesivas se atemperen o reajusten de acuerdo con las nuevas circunstancias.

De manera que es un trastorno en la economía del contrato y que viene a agravar la situación de una de las partes, lo que da ocasión a la teoría de la imprevisión y autoriza la consiguiente intervención del juez para modificarlo atendiendo a las nuevas e imprevistas cargas que lo han hecho más oneroso. Es un caso de lesión, no concomitante, sino posterior a la celebración del contrato.

Son cosas muy diversas el caso de fuerza mayor y la imprevisión. En aquel hay imposibilidad en la ejecución de la obligación: el deudor no puede cumplirla porque la fuerza mayor es insuperable, invencible. En la imprevisión, no hay imposibilidad sino dificultad; el deudor está en capacidad de cumplir su obligación pero con mayores sacrificios, impuestos por las nuevas circunstancias.

La teoría no es nueva. Ya los canonistas de la edad media, basados en la equidad, la habían formulado cuando decían que en todo contrato se consideraba incluido la cláusula "rebus sic stantibus", según la cual las partes entendían obligarse siempre que las circunstancias económicas permanecieran como estaban a la época de la contratación o al menos sin variación muy sensible.

La guerra del año de 1914, que tan graves trastornos produjo en la economía mundial muy especialmente en la de los países beligerantes, resucitó la teoría, y en Francia, fue alegada por algunos contratistas que habían celebrado sus contratos antes de aquella y que a consecuencia de la situación de la post-guerra se veían gravemente perjudicados si tuvieran que cumplir sus obligaciones tal como fueron contraídas. La jurisdicción administrativa aceptó en parte la tesis de la imprevisión y ordenó la revisión de algunos contratos administrativos para aliviar la carga de los lesionados. La jurisdicción civil, sin desconocer la justicia de la teoría, resolvió que no era del caso darle aplicación.

Para Ripert, el fundamento de la teoría es la moral porque sería contraria a esta, el hecho de ampararse en la imodificabilidad del contrato para perpetrar una injusticia; y una injusticia y muy grande se cometería, al aprovecharse de situaciones imprevistas para agravar la suerte de la otra parte, quebrantando así el principio de equidad que exige una relativa equivalencia en las respectivas



prestaciones. Que ante circunstancias imprevistas, que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de la celebración del acto, no debe hablarse, desde el punto de vista de la equidad, de la fuerza obligatoria de los efectos del contrato.

Según otros, la teoría de la causa en las obligaciones sería suficiente para justificar la de la imprevisión porque el quebranto patrimonial que el cambio de situación viniera a imponer a alguna de las partes carecería de causa y por ende, el acreedor de la obligación así agravada no tendría derecho para percibir el exceso, que solo ha sido efecto de un nuevo estado de cosas que no ha contribuido a crear el contratante que quisiera aprovecharse de él para enriquecerse a costa ajena.

Se pregunta si en la legislación colombiana existe un texto que dé asidero a la aplicación de la teoría. Desde luego y como textos expresos solo se encuentran, el artículo 8o., de la ley 6a. de 1945, aplicable al contrato de trabajo, y el 3o., de la ley 100 de 1944 "sobre régimen de tierras" y que dice relación al arrendamiento de predios rústicos.

Artículo 8o., ley 6a. de 1945: "Todo contrato (de trabajo) será revisable cuandoquiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica".

Artículo 3o., letra c. Ley 100 de 1944: Este precepto autoriza la terminación del contrato de arrendamiento en predio rústicos, "cuandoquiera que sobrevengan circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, que impliquen graves alteraciones de la normalidad económica".

Dentro del campo estrictamente civil, la Corte Suprema se ha manifestado en sentido favorable a la adopción de la teoría por considerarla de equidad aunque sin expresar muy claramente los principios legales que la sustenten. En sentencia de casación, de mayo de 1938, se expresó así, refiriéndose a la imprevisión.

"Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podrían hacerse al tiempo de contratar y que los acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y exorbitante ante las nuevas circunstancias".

En sentencia de febrero de 1937 la misma Corte se produjo así: "En nuestro derecho positivo, la teoría de la imprevisión tie-

ne perfecta aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y de especulación".

Los que sostienen que la imprevisión tiene asidero dentro del código civil colombiano citan el ordinal 2o., del artículo 2060, relativo al contrato de empresas y que así dice:

"Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar por el dueño; y si este rehusa, podrá acudir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda".

Otros, apelan al artículo 1616, que trata de la responsabilidad civil contractual y según el cual, el deudor, aunque haya incurrido en falta, nunca es responsable de los perjuicios imprevistos.

Ellos razonan así: Si el deudor, que aún de mala fe, ha infringido sus deberes de contratante no es responsable de los perjuicios imprevistos sufridos por el acreedor, mucho menos se puede exigir de una parte que no ha incurrido en falta el recargo o exceso que a su obligación ha sobrevenido por hechos posteriores, e imprevistos al tiempo de la celebración del acto.

En Colombia se dió aplicación, por parte del legislador, a la teoría de la imprevisión por medio de la ley 37 de 1932, la llamada "Ley de deudas".

A consecuencia de la grave crisis económica que azotó al país durante los dos años anteriores al de 1932, los deudores se vieron en difíciles circunstancias para la solución de las obligaciones de dinero que habían contraído antes de 1931 y además, tenían que pagar con una moneda encarecida las deudas contraídas cuando la misma estaba desvalorizada. La ley se dictó en socorro de dichos deudores cuyas obligaciones se habían hecho más gravosas por causas imprevistas.

Por medio de esa medida legislativa, los remates en los juicios ejecutivos se suspendieron durante tres años: los acreedores que querían evitar la suspensión tenían que reducir el monto de sus créditos al setenta por ciento (70%). También se rebajaron los intereses pendientes y futuros por concepto de aquellas deudas.



## CAPITULO XII

### SANCION DE LOS ACTOS JURIDICOS:

La ley protege, dándoles plena eficacia, los actos jurídicos que los particulares realizan con la observancia de todos los requisitos que ella misma ha prescrito para cada caso. Pero cuando al celebrarse se han pretermitido elementos o factores que de acuerdo con la ley deben concurrir a su formación, se presenta, entonces, un acto irregular que ya no goza de aquella protección y que al contrario, es susceptible de aniquilamiento mediante los remedios que el legislador brinda para que desaparezcan los efectos de la operación que se llevó a cabo sin acatar su ordenamiento.

Ese aniquilamiento del acto autorizado o prescrito por la ley, es la pena o sanción civil para las personas que al actuar en la vida jurídica obran con desacato y sin ceñirse a la norma que se ha dictado como límite y contención al muy amplio radio de acción que el derecho privado concede a los particulares al consagrar el principio de la autonomía de la voluntad.

Ya el código civil en su artículo 60., y a manera de prevención, innecesaria por cierto, se había expresado de la siguiente, familiar, manera:

“La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones.

En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

Esas sanciones son diversas y más o menos drásticas según la gravedad de la trasgresión. Es que dentro del ordenamiento civil no todas las normas tienen para el legislador la misma categoría. Hay algunas, que son de una absoluta infrangibilidad, de orden público, porque hay interés general en que su imperio nunca se vulnere y otras, que sin tutelar intereses de orden superior sí favorecen y amparan a particulares que necesitan protección por parte de la ley. Como sanciones o penas civiles a los actos jurídicos por motivo de las irregularidades cometidas al momento de su forma-

ción, se estudiarán en seguida, las siguientes: la inexistencia, la nulidad, la rescisión, y la inoponibilidad.

### LA INEXISTENCIA.

La inexistencia como sanción máxima para los actos jurídicos irregulares no está expresamente consagrada en la legislación y por eso algunos tratadistas la rechazan; dicen estos que la nulidad absoluta es la pena mayor; que las más groseras infracciones a la ley civil solo acarrearán esta sanción y que los aparentes casos de inexistencia que se encuentran en el código no son sino casos de nulidad absoluta. Sin embargo, parece que no sea así.

La teoría de la inexistencia tuvo su origen en Francia a propósito del matrimonio: El principio jurisprudencial francés de que en el matrimonio no hay nulidad sin texto expreso que la declaró lugar a graves dificultades a causa de ciertas irregularidades que se presentaban en este y que no estaban previstas como nulidades. Tales, por ejemplo, el de un matrimonio celebrado ante un funcionario público incompetente o el de personas de un mismo sexo.

Ante estos problemas y parando mientes en el artículo 146 del código Francés, que reza: "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement", se formuló la teoría para decir que en esos casos el matrimonio más que nulo era inexistente. Después la teoría se generalizó y se hizo extensiva a todos los actos jurídicos.

La inexistencia de estos, se explica así: en el negocio jurídico hay que distinguir dos clases de elementos o factores: los unos, que son elementos orgánicos o constitutivos de él, los ingredientes que lo integran; los otros, que son los factores de validez para que el acto produzca la plenitud de los efectos que la ley asigna. Los primeros, son necesarios para la vida o existencia del acto en sí; los segundos, para su eficacia jurídica. Si falta alguno de aquellos la operación será inexistente; la no concurrencia de uno de los otros es causa de nulidad.

El artículo 1502 dice que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: "1o. Que sea legalmente capaz. 2o. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3o., que recaiga sobre un objeto lícito; 4o., que tenga una causa lícita. Estos requisitos son, unos, de existencia y otros, de validez. El consentimiento,



el objeto y la causa son de rigor para la existencia del acto, la falta de uno de ellos producirá inexistencia, por ser elementos orgánicos, constitutivos. En cambio, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto y en la causa son requisitos para la validez.

La capacidad es elemento de validez porque la ley especialmente ha dicho que la incapacidad absoluta, produce nulidad absoluta, y la incapacidad relativa, nulidad relativa o rescisión, (arts. 1504, 1741 y 1750); los vicios del consentimiento dan lugar a nulidad relativa. (1750); la ilicitud de objeto o de causa a la nulidad absoluta, (1741).

En los actos jurídicos solemnes el elemento de forma prescrito por la ley es factor constitutivo, estructural; la total ausencia de él ocasiona la inexistencia. Así se desprende del art. 1760 que es como sigue: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Como se lee, el texto dice que por la falta de documento los actos "se mirarán como no ejecutados o celebrados"; y si la ley así los reputa no es menester aniquilarlos mediante la nulidad; ellos son inexistentes.

Ahora, cuando no se trata de la total ausencia del instrumento porque este se otorgó pero en forma defectuosa, entonces la sanción no es la de la inexistencia sino la de la nulidad absoluta. Así se desprende del artículo 1741 cuando dice "que la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos" produce nulidad absoluta. De esta manera se concilian los preceptos contenidos en los artículos 1741 y 1760 y se rebate uno de los más vigorosos argumentos de los que rechazan la teoría de la inexistencia.

Otro caso típico de inexistencia consagrado en la ley es el del artículo 2081, cuando expresa: "No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero". No es que la sociedad sea nula sino que no existe; "no hay sociedad" cuando se presenta el evento previsto en el texto.

La cuestión práctica que se deduce de la diferenciación en-

tre la inexistencia y la nulidad absoluta es la de que cuando el acto es inexistente no necesita declaratoria judicial y puede procederse como si la operación no se hubiera celebrado. Esto, porque la inexistencia es la nada jurídica y la nada no es susceptible de aniquilamiento. En cambio, cuando el acto es nulo, tiene al menos una apariencia de ser y para destruirlo y hacer que desaparezcan sus efectos, se necesita una sentencia judicial que declare esa nulidad.

Ejemplos. En un contrato de compraventa de un bien raíz celebrado verbalmente o por documento privado las partes cumplieron sus respectivas obligaciones. Si el vendedor quiere deshacerlo y recuperar la cosa entregada no requiere previa declaratoria de inexistencia o de nulidad de aquella convención sino que directamente rescata el bien mediante acción posesoria o reivindicatoria. En Colombia los secretarios de los concejos en los municipios que no son cabecera de circuito notarial, tienen funciones notariales para otorgar escrituras de menor cuantía. Si ante ese funcionario se extendiere un testamento este sería inexistente porque esta clase de actos solo pueden autorizarlos los notarios. Los interesados en la ineficacia de ese testamento no tendrían que pedir la nulidad de él sino que podrían proceder al adelantamiento del juicio mortuario haciendo caso omiso de dicho instrumento. Otra cosa muy distinta sería un testamento otorgado ante notario sin todas las formalidades prescritas por la ley; entonces sí, se necesitaría la expresa declaratoria de nulidad del acto.

Es que en la inexistencia la irregularidad es de tanta entidad, tan impresionante y notoria que sería ocioso abrile proceso al acto para obtener su aniquilamiento judicial.

## NULIDAD Y RESCISION

Concepto de la Nulidad. Cuando al acto jurídico le falta, como ya se explicó, uno de los elementos de validez se incurre en nulidad. Así lo dispone el artículo 1740 en los siguientes términos:

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa”.

Cuando el elemento que falta al negocio jurídico dice relación a la naturaleza del acto, considerado este en sí, en sus factores intrínsecos, con prescindencia de las personas que lo celebran,



la nulidad es absoluta. Por razón de la calidad o estado de las personas la nulidad será también absoluta si el acto procede de una persona absolutamente incapaz. "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato", Artículo 1741.

La ley protege los efectos propios del negocio jurídico cuando a la celebración de él han concurrido los factores que ella misma ha prescrito para su validez, pero si los particulares actuaron con desacato a sus preceptos, los sanciona, autorizando la destrucción judicial del acto mediante la nulidad o rescisión para que cesen y desaparezcan sus efectos.

Y estos actos así irregulares son ineficaces quieránlo o no las partes. La nulidad o validez de ellos no depende de la voluntad de estas, así lo preceptúa el artículo 1526, cuando dice:

"Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad".

Es que las normas cuya trasgresión engendra la nulidad son reglas de buena organización jurídica que tienden a salvaguardar principios de una categoría superior, en cuya observancia está interesada la sociedad misma, por motivos de orden público o moralidad; o son reglas que se encaminan a la protección de los legalmente incapaces.

Diferentes clases de Nulidad. La nulidad es de dos clases: nulidad absoluta y relativa; la acción que surge de la primera es la de nulidad; la segunda, da lugar a la rescisión. La diferencia entre las dos nulidades no es de cantidad sino de cualidad; no es el mayor o menor número de irregularidades en el acto lo que da lugar a la una y a la otra, sino que ellas provienen de causas diversas.

Como se dijo, la omisión de alguno de los requisitos exigidos para la validez del acto en atención a su naturaleza y sin consideración al estado o calidad de las personas, produce nulidad absoluta. Son también nulos los actos de los absolutamente incapaces. Las otras omisiones o irregularidades generan nulidad relativa o rescisión. Esta dice relación especialmente a la calidad o estado de las personas, aunque los vicios del consentimiento, por lo dispuesto en el artículo 1750, también producen rescisión.

Además de la diferencia entre las dos nulidades por motivos de la diversidad de causas de que provienen, hay entre ellas otras

características que las distinguen y separan como pasa a explicarse.

Por lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por la prescripción extraordinaria".

En cambio, la nulidad relativa "no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio lo han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes". Art. 1763.

No siempre es muy fácil el diagnóstico de la respectiva nulidad; en muchas situaciones se presentan dudas y serias dificultades para decidir si es absoluta o relativa, y a esa dificultad ha contribuido el mismo código ya que él fue poco cuidadoso de su léxico al instituir la correspondiente sanción, y se vale o emplea diversas locuciones para referirse a una y otra nulidad. Y lo que es más grave todavía: en varios textos habla de resolución por decir rescisión y viceversa.

Para la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta que autoriza el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, se requiere, como lo dice el texto, que ella aparezca de manifiesto en el instrumento donde consta el acto o contrato, es decir, que sea patente y no se necesite de otra prueba para deducirla. Es menester, además, que la nulidad haya de producir efectos prácticos en el juicio en que se quiere hacer valer el acto irregular y que en este juicio sean partes los contratantes.

Antes de la reforma que en materia de nulidades introdujo al código el citado artículo 2o. de la Ley 50, las diferencias entre la absoluta y la relativa era mayores, ya que la absoluta no podía ratificarse en ningún caso, ni podía solicitarla el que había "ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba". Ya hoy, por virtud de la reforma, ambas nulidades son susceptibles de convalidación excepto cuando la absoluta procede de objeto o causa ilícitos y esa nulidad absoluta pue-



de también hoy ser demandada por el que ejecutó el acto o celebró el contrato a sabiendas del vicio que lo invalidaba. Con respecto a esto último debe tenerse en cuenta lo que se dijo en capítulo IV acerca de la repetición de lo pagado por ilicitud de causa o de objeto.

El transcrito artículo 2o. de la ley 50 suprimió, es verdad, algunas de las características que diferenciaban las dos nulidades, acercándolas, pero no equiparándolas como lo afirman algunos expositores.

Las personas incapaces, como se sabe, no gozan de la capacidad de ejercicio, ellas no pueden actuar en la vida jurídica por sí mismas, sino por el ministerio o autorización de otras, pero cuando esta persona de cuyo ministerio o autorización necesita el incapaz, obra en nombre de él o lo autoriza para la celebración del acto y si a este, por otra parte, concurren los elementos exigidos por la ley para su validez, el negocio jurídico así cumplido es tan eficaz e inobjetable como el ejecutado por personas hábiles para obligarse por sí mismas. Así lo dispone el artículo 1.745.

Por esta disposición se suprimió expresamente la institución romana de la "restitutio in integrum" para los menores y según la cual estos podían impugnar los actos de sus guardadores cuando comprobaban que con ellos habían sido perjudicados en sus intereses, institución que era contraproducente para los mismos a quienes se quería proteger porque los otros rehuían la celebración de contratos sobre bienes de incapaces por temor a la futura acción de restitución que estos podían intentar.

Respecto de esos mismos incapaces, el artículo 1744 expresa que "si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar la nulidad". Advierte el mismo texto, que "la aserción de mayor edad o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de la nulidad".

Este precepto se justifica ampliamente. Si las meras afirmaciones mentirosas de ser mayor, siendo menor; o de no estar bajo interdicción, siendo interdicto, fueran suficientes para negarles la protección a los incapaces, estos quedarían desamparados, pues, las contrapartes se cuidarían siempre de que aquellos hicieran tales aserciones al celebrar el acto o contrato para escapar así a la sanción de la nulidad.

Sería ejemplo de dolo de un menor, la adulteración de su

partida de nacimiento para pretender acreditar que era mayor; y de un interdicto lo sería, la falsificación del decreto judicial del levantamiento de la interdicción.

✓ Efectos de la Nulidad. La nulidad y la rescisión son fenómenos judiciales; las partes no anulan ni rescinden; es el juez quien hace estas cosas como que para que haya nulidad o rescisión se necesita sentencia que declare la una o la otra.

De manera que la nulidad y la rescisión, más que modos de extinguir las obligaciones como el código las califica, son hechos que extinguen o aniquilan la fuente misma de ellas, y como la declaratoria judicial opera con efecto retroactivo, la ley reputa que los actos anulados o rescindidos nunca existieron y da a las partes derecho "para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo". Artículo 1746.

Resulta así que los efectos de la nulidad, entre las partes, son enérgicos; ella destruye el acto y desaparecen todos sus resultados, hasta el punto de que la ley considera que él nunca tuvo vida.

Consecuencialmente, si ya las prestaciones respectivas se habían cumplido, las partes deben hacerse las restituciones mutuas, y "será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuorias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales. . . "Artículo 1746. Si las prestaciones no se habían ejecutado, por la declaratoria de nulidad, quedan exoneradas de cumplirlas.

✓ Si el contrato se celebró con un incapaz sin los requisitos exigidos por la ley y la convención se anula por motivo de esa incapacidad y no por otra causa, el capaz que contrató con aquél y como sanción, no puede exigir que se le restituya lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. "Se entenderá haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiera retenerlas". Artículo 1747.

Por lo que respecta a los efectos de la nulidad judicialmente declarada, ya no entre las partes sino contra terceros, el artículo 1748 dice que ella "da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales". Como se ve, el



texto no distingue y concede reivindicación, tanto contra los poseedores de buena fe como contra los de mala fe. Esta es una de las diferencias entre la resolución y la nulidad ya que aquella, si se trata de bienes muebles, no autoriza la reivindicación sino contra terceros poseedores de mala fe; y si de bienes raíces, estos solo se pueden reivindicar contra terceros cuando la condición constaba en el respectivo título. Artículos 1547 y 1548.

Ese derecho de reivindicar contra terceros poseedores aún de buena fe como consecuencia de la nulidad judicialmente pronunciada, es uno de los peligros e inconvenientes de la nulidad porque ella no se limita a producir sus estragos en el círculo de los que fueron parte en el negocio jurídico anulado sino que viene a afectar a causahabientes posteriores que han llegado a ser adquirentes regulares en virtud de justo título y buena fe. Sería muy plausible que la ley diera una efectiva garantía a esos terceros poseedores de buena fe, que solo la alcanzan hoy cuando se han cumplido los fenómenos de la prescripción.

Como excepciones a ese principio de la reivindicación contra terceros, como consecuencia de la nulidad declarada, se citan; la del artículo 1953, en el caso de rescisión por lesión enorme; la del 109, en el de rescisión del decreto de posesión efectiva de los bienes del muerto por desaparecimiento, y la del 1468, para la rescisión de la donación. Es claro, que cuando el tercero ha adquirido el bien por usucapión tampoco se puede reivindicar en su contra.

Convalidación o Confirmación de la Nulidad. La nulidad relativa siempre, y la absoluta cuando no proviene de objeto o causa ilícitos, es susceptible de saneamiento o purificación por acto posterior de las partes. A este acto lo llama el código, impropriamente, ratificación. Ratificar es aprobar lo que hizo otro sin poder de la persona interesada que se apropia los efectos del acto con posterioridad.

Esa confirmación puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando así lo declara o manifiesta la parte que tiene derecho para convalidarla; la tácita, es la ejecución voluntaria de la obligación contraída.

La confirmación expresa debe hacerse con las mismas solemnidades que la ley exige para la operación que se confirma. Tanto la convalidación expresa como la tácita deben emanar de la parte que tiene derecho para solicitar la nulidad, siendo esta capaz de obligarse sin la autorización o el ministerio de otra.

Esa confirmación, por lo dispuesto en el artículo 767, opera con efecto retroactivo; el acto se reputa válido desde su celebración y no a partir de la convalidación, pero es obvio que esto se cumple sin perjuicio de terceros. Si en el lapso comprendido entre la celebración del acto y su confirmación se constituyen derechos sobre los bienes materia del contrato por la persona que podía solicitar la nulidad, esa convalidación no afecta ni perjudica la situación de ese tercero.

✓ Prescripción de las acciones de nulidad y de rescisión. La acción de nulidad se extinguía antes a los treinta años (artículo 15 ley 95 de 1890); el artículo 1o., de la Ley 50 de 1936, redujo a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias establecidas en el código civil, luego la acción para demandar la nulidad absoluta se extingue hoy a los veinte años contados a partir de la vigencia de esta ley.

Esta prescripción de veinte años no se suspende a favor de ninguna persona pero si es susceptible de interrupción. Artículo 2541. La rescisión, o sea, la acción para demandar la nulidad relativa, se extingue a los cuatro años, así:

"Este cuatrenio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato".

"Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuatrenio desde el día en que haya cesado la incapacidad". Artículo 1750.

Mientras no hayan transcurridos los veinte años es menester descontar para computar el cuatrenio, el tiempo durante el cual la prescripción se haya suspendido por haber menores a quienes la prescripción de la acción pueda perjudicar. Por esto el artículo 1751, dispone:

"Los herederos mayores de edad gozarán del cuatrenio entero sino hubiere empezado a correr; y gozarán del residuo en caso contrario. A los herederos menores empieza a correr el cuatrenio o su residuo desde que hubieran llegado a la mayor edad".

La Nulidad como Excepción. En el derecho civil colombiano la nulidad produce acción y excepción. El código prevé y reglamenta la prescripción extintiva de las acciones de nulidad y rescisión pero calla con respecto a la prescripción de la nulidad como excepción. Por esto, la jurisprudencia y las doctrinas se han ocupado del caso sin que haya acuerdo sobre el particular; sentencias y doctrinantes deciden y opinan de modo contrario.



Afirman algunos que la prescripción de la acción de nulidad se explica por una confirmación tácita, que la inercia prolongada y consciente, denuncia en el titular de la acción de nulidad o rescisión, la renuncia de ella. De esta suerte, equiparan la acción extintiva del tiempo a la confirmación tácita, confirmación esta, que por lo dicho en el artículo 1754 no es sino la "ejecución voluntaria de la obligación contratada".

Para los que así opinan, o sea, para los que interpretan la acción del titular de la acción como una confirmación tácita del acto nulo o rescindible, la acción y la excepción prescriben a un mismo tiempo; el plazo extintivo de la acción, según ellos, es el mismo para la excepción, porque la inercia del titular denuncia una voluntad de sanear la operación jurídica viciada. Para estos no tiene aplicación la regla "quae temporalia sunt ad augendum perpetua sunt ad excipiendum". Lo que es temporal como acción es perpetuo como excepción.

Pero esta explicación de la prescripción de la acción y de la excepción por una presunta renuncia tácita, es inaceptable. Si así fuese, hubiera sido necesario suspender el término de prescripción en favor de las personas en quienes no podrían presumirse esa voluntad de confirmación por ignorar la irregularidad del acto. En favor de los herederos, por ejemplo.

Por otra parte, el fundamento de la prescripción, en general, no es el de una presunta o tácita renuncia por parte de su titular. No; son otros los motivos y motivos de orden público los que se han tenido en cuenta por las legislaciones al instituir la prescripción como modo de adquirir y de extinguir derechos. Es la seguridad y la estabilidad en la vida jurídica, poniendo un límite en el tiempo a reclamaciones tardías, lo que explica y fundamenta la benéfica y necesaria institución de la prescripción.

La acción de nulidad que tiende a deshacer situaciones jurídicas consolidadas y que repercute contra terceros aún poseedores de buena fe, ocasiona incertidumbre e inseguridad en los derechos, cosas estas que deben evitarse. Es esta otra razón más para la existencia de la prescripción extintiva de la acción y para que esta no sea demasiado dilatada.

Pero cuando se trata, no de la prescripción de la acción sino de la excepción de la nulidad, excepción que sólo opera cuando las prestaciones no se han ejecutado, aquella razón desaparece y al contrario, la conveniencia de la paz social propugna y justifica

la aplicación de la regla "quae temporaria sunt ad augendum perpetua sunt ad excipiendum".

En efecto, la excepción no tiene los inconvenientes de la acción. Esta destruye situaciones jurídicas adquiridas en virtud de las prestaciones ejecutadas; aquella, que supone un contrato de efectos no cumplidos, impide la ejecución y mantiene el statu quo. De esto no resulta perturbación ni peligro alguno.

El que tiene derecho a alegar la nulidad de una obligación que aún no ha satisfecho, no necesita anticiparse a ejercitar esa nulidad como acción, puede esperar a que el titular del derecho la exija judicialmente y oponer la nulidad como excepción, aunque ya hubiere prescrito como acción. Desde que haya acción hay excepción.

La aplicación práctica y muy importante de la cuestión que aquí se discute, se advierte en el siguiente ejemplo:

Un adulto de veinte años, adquiere en mutuo, una suma de dinero, con plazo de dos años, para restituir. Este contrato, debido a la incapacidad relativa del mutuario para obligarse por sí mismo, queda viciado de nulidad relativa.

El acreedor que sabe y teme que si demanda antes de los cuatro años de haber llegado su deudor a la mayor edad, este podría alegar la nulidad del contrato, espera algún tiempo y a los siete u ocho años lo demanda. Como ya han vencido, con mucho, los cuatro años, que se cuentan desde que el menor llegó a la mayor edad y por tanto, ya ha prescrito la acción rescisoria, ese deudor sería fatalmente constreñido al pago del dinero si la excepción prescribiera al mismo tiempo que la acción.

Esta solución repugna. Ya se vió, cómo la inercia del que tiene derecho para alegar la nulidad como excepción no puede ni debe interpretarse como renuncia o como una tácita confirmación; también quedó dicho, cómo y porqué el hecho de hacer valer la nulidad como excepción, no produce los trastornos ni tiene los inconvenientes de la nulidad como acción, ya que en aquél caso no se perturba la paz social. Además, en el derecho civil colombiano, no hay principio alguno que trate de la prescripción de la nulidad como excepción.

Así las cosas, nada se opone y a la inversa, razones de equidad y conveniencia concurren a demostrar que el plazo de prescripción de la nulidad como acción no es el mismo de la prescripción de ella como excepción y que mientras haya acción debe



haber excepción. Tiene por lo tanto cabida la regla "quae temporalia . . .".

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del año de 1939 se expresó así:

"La nulidad como excepción puede hacerse valer en cualquier tiempo, mientras subsista la acción, es decir, durante veinte años. La excepción es necesariamente perpetua, entendiéndose por perpetuidad la condición de no perecer mientras exista la acción correspondiente. El derecho de defensa se ejercita cuando viene el ataque".

### INOPONIBILIDAD.

La inoponibilidad puede incluirse entre las sanciones civiles del acto porque por virtud de ella se restringen o recortan sus resultados. Hay negocios jurídicos que están destinados por su naturaleza a producir efectos de alguna amplitud en cuanto pueden afectar a personas que no fueron partes en él, pero a consecuencia de la omisión de algunos elementos de rigor para que produzcan esa plenitud de efectos esta no surge y de esta manera, se restringe la normal radiación jurídica de la operación.

La inoponibilidad no dice relación al acto mismo; no, este es válido; aquella se refiere a sus efectos para recortarlos o suprimirlos con respecto a determinadas personas a las que normalmente debería afectar. De suerte, que no se trata de la nulidad del negocio ya que este es eficaz entre las partes pero inoperante con respecto a otras personas.

La relatividad de los efectos del contrato suministra una idea muy aproximada de lo que es la inoponibilidad. Al tratar de esta materia se vió cómo las convenciones son fuentes de obligaciones solo para los que las celebran, que los demás son extraños y que por ende, estos no pueden deducir de ellas provecho ni perjuicio.

Esas personas ajenas a la convención son terceros y a estos terceros, al menos a los absolutos, le son inoponibles tales contratos porque para ellos son res inter alios acta . . . .

La inoponibilidad que se ha definido, "como la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o la nulidad de un acto jurídico", es consecuencia, generalmente, de la falta de publicidad de los actos jurídicos que la necesitan; de la ausencia de ciertos hechos, que aunque privados,

desempeñan para esos actos el papel de la publicidad y otras veces, es sanción por la omisión de alguna formalidad.

Algunos tratadistas la dividen en inoponibilidad de forma y en oponibilidad de fondo.

La inoponibilidad de forma, resulta de la falta de publicidad del acto. Ejemplos. Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en la escritura pública y las contra-escrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz que modifican y de la copia en cuya virtud ha obrado una de las partes, son inoponibles a terceros, artículo 1766; la cesión de un crédito es inoponible al deudor y a terceros, mientras no se haya hecho la notificación de la cesión al deudor o este le haya aceptado, artículo 1960; la sentencia por la cual se declara que un bien raíz ha sido adquirido por usucapión es inoponible a terceros mientras no se inscriba, artículo 2534 ~~2084~~; ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto a terceros sino desde la fecha de la inscripción o registro, artículo 2674.

De acuerdo con el artículo 477 del código de comercio no se podrá alegar contra terceros interesados en la existencia de la sociedad, la falta de algunas de las formalidades prescritas por la ley para la constitución y validez de la sociedad; es decir, que la nulidad proveniente de esa ausencia de requisitos es inoponible a esos terceros interesados.

Inoponibilidad de Fondo. En esta clase de inoponibilidad, no es ya la ausencia de formalidades lo que hace que la conven- ción deje de producir efectos contra unas personas sino que es el acto en sí mismo el que no puede aducirse contra el titular del de- recho sobre el que otra persona, sin ser su representante, llevó a cabo una operación jurídica. Y esto aunque esa operación, desde el punto de vista de los elementos de forma, se hubiere ejecutado de manera irreprochable.

De suerte, que es la carencia de derecho en quien contrató a nombre propio sobre el bien ajeno; o el no tener facultad suficien- te para representar a la persona en cuyo nombre se celebró el ac- to, lo que da lugar a la inoponibilidad de fondo.

Por lo dispuesto en el artículo 1871, la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. De manera que ese contrato de compraventa de cosa ajena es ino- ponible, con inoponibilidad de fondo, al dueño del bien. Los man-



datarios obligan a sus mandantes en los contratos que celebren dentro de las facultades que se les concedieron por medio del mandato; en saliéndose de esas facultades, o sea, cuando obran extra-mandato no comprometen ya a su comitente. El contrato así celebrado por el mandatario es inoponible al mandante.

### CAPITULO XIII

Disolución o aniquilamiento de los contratos.

La nulidad y la rescisión son causas de destrucción de los contratos; una vez declarada la una o la otra, la declaratoria opera con efecto retroactivo, la ley reputa que el acto no tuvo existencia y se extinguen todos sus efectos así los cumplidos como los por venir. La nulidad y la rescisión operan, tanto, ex nunc, para el pasado, como ex tunc, para el futuro.

Resiliación. La convención es un producto de la voluntad de los contratantes; ella es esencialmente un acuerdo de voluntades. Esa voluntad que creó el contrato por el mutuo consenso también puede aniquilarlo por mutuo disenso. Esta disolución por consentimiento la prevé y autoriza especialmente el artículo 1602.

A ese aniquilamiento del contrato por retractación, por mutuo disenso se le denomina con el galicismo de resiliación. Las partes al resiliar pueden convenir en declarar insubsistentes ciertos efectos ya cumplidos cuando alguna o todas las respectivas prestaciones se habían ejecutado o en destruirlos en su totalidad, pero esto se entiende, siempre que no perjudiquen a terceros.

No todos los contratos son susceptibles de disolverse por este medio de la resiliación; ni el matrimonio ni las capitulaciones matrimoniales, una vez celebrado aquél, pueden disolverse o modificarse por el consentimiento de las partes.

Resolución. Muy diversa a la resiliación es la resolución, que es también otro hecho que aniquila el contrato. La resolución es consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria. Al advenimiento de esta se extinguen o resuelven los derechos que tenía sobre la cosa el propietario bajo condición resolutoria y pasan al propietario bajo condición suspensiva.

Si la condición es la llamada ordinaria, esto es, la que las partes pactaron, el contrato se resuelve de pleno derecho, ipso jure. Si por diferencia entre las partes es menester la intervención del juez, este se limita a constatar el hecho, a decir que ciertamente el contrato se resolvió por el cumplimiento de la convención. En cam-

bio, si la condición es la tácita, la que por ley actúa en todo contrato bilateral y de que trata el artículo 1546, la resolución es entonces fenómeno judicial ya que es al juez a quien incumbe decretar la resolución.

En principio, la resolución opera como la nulidad con efecto retroactivo; el acto se destruye; todos sus efectos desaparecen y las partes deben hacerse las restituciones mutuas a fin de restaurar el estado precontractual.

En la nulidad el acto se aniquila a consecuencia del vicio o irregularidad en que se incurrió al tiempo de su formación; en la resolución la cosa es muy diversa. Aquí el negocio tuvo una vida jurídica perfecta, a él concurrieron todos los requisitos de rigor para su existencia y validez, pero a consecuencia del advenimiento de una condición resolutoria, expresa o tácita, el acto se resuelve.

**TERMINACION.** Los contratos de ejecución sucesiva, que son aquellos cuyos efectos se van cumpliendo y renovando en tiempo, como en el arrendamiento y en el contrato de trabajo, no se resuelven; su disolución se denomina, terminación, expiración o cesación y esta opera para el futuro, ex tunc, no para el pasado. Esto, porque los efectos ya cumplidos no pueden deshacerse como ocurre en los contratos de ejecución instantánea.

**Revocación.** En general, los contratos no se disuelven por retractación unilateral; lo que fué obra de dos o más voluntades no puede deshacerse sino por la voluntad de todos los que concurrieron a su celebración; una sola parte es jurídicamente impotente para aniquilar el vínculo que surgió del mutuo acuerdo, ya que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes.

Sin embargo, algunos contratos son susceptibles de aniquilamiento por voluntad de uno solo de los contratantes. Ejemplos: El mandato termina por la revocación del mandante o por la renuncia del mandatario, artículo 2189; la donación es revocable por el donante a causa de la ingratitud del donatario, artículo 1475. El testamento, acto de una sola persona, es esencialmente revocable.

**Caducidad.** La caducidad es mas bien un vocablo administrativo. En las convenciones que las entidades de derecho público celebran con los particulares, aquellas se reservan el derecho de declarar la caducidad del contrato por causas especialmente determinadas en la misma operación. Es claro, que esa caducidad que declara la entidad administrativa no priva al particular de acudir a la justicia para que esta decida si era o no el caso de la terminación pronunciada en forma unilateral.



*Liquidación  
de Sociedades  
Conyugales*



POR EL DR.  
JORGE GARTNER

## Liquidación de Sociedades Conyugales

---

La cuestión que en este escrito se estudia hace relación con los efectos que la distribución provisional autorizada por el artículo 7o., de la ley 28 de 1932 para las sociedades conyugales existentes antes de la vigencia de ese nuevo estatuto deba tener respecto a la liquidación definitiva prevista en la misma ley y en el Código Civil; y más concretamente, se contempla el caso si por virtud de dicha distribución los bienes existentes en poder de uno de los cónyuges a tiempo de la disolución de la sociedad y asignados anteriormente a uno de ellos como anticipo de gananciales, deben o nó ingresar en la masa social y ser valuados para el efecto de la liquidación y participación definitivas.

Ante todo es necesario observar que para dilucidar problemas de esta naturaleza no basta emitir opiniones, por más respetables que sean, ni citar tratadistas, que tampoco dan claramente razón de su dicho, sino que es forzoso ir al fondo de los preceptos legales, interpretándolos en su letra y en su espíritu, con aplicación al caso preciso. La guía por los conceptos abstractos de los expositores tiene el peligro de que ellos pueden referirse a situaciones distintas en que por no tomarse en cuenta algunos factores, o incurran en error, o no sean aplicables al caso definido.

En la liquidación de una sociedad conyugal hay intereses no sólo del cónyuge sobreviviente, cuando la sociedad se disuelve



por muerte de uno de ellos, sino de los herederos; el interés de estos últimos y la acción para defenderlo, no nace sino a tiempo de la disolución de la sociedad, y es en esa oportunidad cuando tienen derecho a intervenir para que la partición se haga de acuerdo con lo dispuesto por la ley, y para que no se omitan bienes de la sociedad que se liquida. Parece evidente que la prescindencia de incluir y avaluar bienes adquiridos durante la sociedad y manejados por el cónyuge sobreviviente, disminuye la masa partible y en consecuencia afecta a los herederos de cuota. Deducción lógica de esto es que la manera de hacer esta liquidación no pudo dejarla el legislador al arbitrio de los cónyuges para los matrimonios existentes en enero de 1933, por virtud de la autorización dada en el artículo 7o., de la ley 28 de 1932.

La ley da las normas para hacer esas liquidaciones en estos casos y también para efectuar la división de los bienes, sujetando ésta a las reglas dadas para la partición de bienes hereditarios. En tales reglas se ordena formar un inventario y apreciación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable la sociedad, después de disuelta ésta. La formación del inventario exige la inclusión de todos los bienes adquiridos por los dos esposos o por cualquiera de ellos, porque sobre esa masa hay que hacer las deducciones mandadas por la ley. La deducción de los bienes que correspondan a cada cónyuge, significa que todos ellos, no importa quién los haya adquirido, deben entrar en los inventarios. De otra manera no tendrían razón de ser tales deducciones.

A mi entender la ley 28 de 1932 no trajo excepción alguna a este principio, y si esto es así, también deben figurar en el inventario los bienes adjudicados entre sí por amigable distribución de los cónyuges. Y así debe ser, por otra parte: En materia tan grave y que tan sustancialmente afecta o puede afectar intereses de personas distintas de los cónyuges, no podía el legislador con la simple autorización del artículo 7o., citado, que, como lo dice la Corte Suprema, tuvo como único objeto poder acomodar al nuevo régimen administrativo las sociedades conyugales existentes en lo de enero de 1933, eliminar las reglas de la liquidación y la partición de toda sociedad conyugal, o dejar para estas la llamadas particiones provisionales, que los cónyuges se constituyeran en jueces de sí mismos, o que el cónyuge sobreviviente pudiera decir lo que le corresponde como gananciales. En consecuencia, toca al Juez correspondiente, a mi juicio, hacer la liquidación con inventario y

avalúo de todos los bienes. Si así no fuera, la ley habría abierto un campo amplio para perjudicar a los legitimarios.

Argúyese que no tiene fundamento la distinción hecha entre la "distribución de los bienes que deban corresponder a cada uno de los cónyuges" y la partición propiamente dicha, y la afirmación de que uno y otro acto no pueden ser iguales, por cuanto la primera, autorizada por el artículo 7o., de la ley 28, en realidad verifica un acto partitivo notorio y por tanto la liquidación hecha por los cónyuges no significa otra cosa que una partición. Al razonar de esta manera no se cae en la cuenta de que a esa distribución, como la llama la ley, y no división o partición, no se han señalado normas ningunas, de manera que si bien puede ser un acto partitivo material notorio, no lo es en forma alguna lo que la ley llama división o partición legal; dicha distribución autorizada con finalidades definidas y claras, no es una liquidación consentida por la ley a los cónyuges, pues ésta no puede hacerse sino con intervención del Juez, aunque por razón de circunstancias especiales bien puede ser aquella definitiva, por cuanto no haya necesidad de hacer otra debida a la carencia de masa partible.

La tesis contraria a la expuesta es que no deben incluirse en la liquidación final los bienes distribuidos anteriormente, porque ellos pasaron a ser parte del patrimonio particular de cada cónyuge, y porque en la liquidación previa se repartieron gananciales por valores iguales. Esta tesis incurre en una petición de principio, en primer término, por cuanto da por demostrado lo que se trata de demostrar, en efecto; lo que se sostiene precisamente es que la distribución o anticipo de gananciales tiene por objeto exclusivo repartir la administración para equiparar las antiguas sociedades a las nuevas, dando a la mujer casada capacidades que antes no tenía, pero sin que esto implique una liquidación formal ni informal, conforme se realiza este acto de acuerdo con el Código Civil, y en consecuencia los bienes distribuidos a cuenta de gananciales no quedan excluidos de la sociedad conyugal, ni hay por qué sustraerlos de los inventarios al liquidar ésta.

Por otra parte la consideración de que con la distribución previa se reparten gananciales por valores iguales, es justamente lo que exige la intervención judicial de los inventarios para garantizar que ello suceda así. Por lo que hace al caso que ha motivado este estudio, no hay constancia alguna de la equivalencia de valores repartidos y al contrario aparecen los bienes apreciados con rela-



ción al valor catastral, a la par que las asignaciones al marido son de algo vago que se ignora en qué consista precisamente.

---

Variando un poco el planteamiento de la cuestión, es oportuno considerar el asunto tocando el nervio mismo del problema, que se reduce a este doble aspecto: qué bienes forman legalmente la sociedad conyugal, o hacen parte de ésta, o le pertenecen a tiempo de su disolución; y cuándo un bien que ha pertenecido a la sociedad, sale definitivamente de su poder. Esto último, por cuanto determinado que un bien ha entrado legalmente a la sociedad conyugal, y no ha dejado de pertenecerle, al disolverse ésta debe ser inventariado para la liquidación.

La primera parte la resuelve sin lugar a diferencias el artículo 1781 del Código Civil que dice, en relación con los bienes raíces, pertenecen a la sociedad conyugal todos aquellos adquiridos a título oneroso durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges. En cuanto a la segunda, deben tenerse presentes ciertos factores que singularizan esta clase de sociedades: es verdad que aquellos bienes dejan de pertenecer a la sociedad, o salen de su dominio, por cualquiera de los medios legales para transferir el dominio, pero sin olvidar la clase de personas entre quienes se cumple la tradición, ya que los contratos celebrados entre cónyuges, de acuerdo con las reglas generales del derecho, no pueden tener la virtualidad de sustraer dichos bienes de la sociedad para llevarlos al patrimonio particular de cada cónyuge. Ya hemos visto que esos contratos, autorizados para casos especiales por el artículo 7 de la ley 28 de 1932, tuvieron por finalidad conferir al cónyuge adquirente la facultad de administrar y disponer; pero no habiéndose dispuesto expresamente que los bienes objeto del convenio o distribución dejaban de pertenecer a la sociedad, disuelta ésta vuelvan a formar parte de su acervo esos bienes, a manos que se hubieran derogado los artículos pertinentes del Código Civil.

No vale para argumentar en contrario decir que la Corte Suprema ha dado un carácter definitivo a la distribución provisional. Veamos lo que dice esa alta Corporación: "La definición entre los esposos de las cuestiones relativas a los bienes de la sociedad conyugal, tampoco corresponde rigurosamente a lo que en estricto derecho representa la liquidación de la sociedad conyugal, como resultado de las causas de disolución previstas por el Cód-

go. Porque la ley 28 de 1932 estuvo lejos de consagrar la disolución de las sociedades pendientes, limitándose sólo a establecer un diferente manejo de ellas".

Por otra parte, si conforme lo dice la Corte la distribución provisional es definitiva, la misma entidad limitó en el tiempo ese carácter o los efectos de tal distribución al expresar que esta no es "susceptible de revocación o modificación posterior DURANTE LA SOCIEDAD" (subrayo). Quiere esto decir que las asignaciones son definitivas en cuanto a la administración y disposición de los bienes en la vida de la sociedad; esto es, que bienes que en ella se han adjudicado a la mujer, no puede posteriormente tomar su administración el marido ni disponer de ellos. Sin que esto signifique que al disolverse la sociedad, no mantengan los bienes que aún existan en poder de cualquiera de los cónyuges su carácter de sociales, por no haber perdido la condición de adquirirlos durante la sociedad a título oneroso.

La doctrina de no poder llevar a la liquidación de la sociedad después de disuelta, por ser definitivas las adjudicaciones hechas a sí mismos por los cónyuges en el acto de distribución facultado por el artículo 7o., de la ley 28, los bienes asignados a cada uno de ellos, demuestra demasiado, y por lo mismo no demuestra nada. En efecto: si esa libertad de administración y disposición de los bienes asignados a cuenta de gananciales antes de disolverse la sociedad, fuera incompatible con una liquidación posterior; o mejor dicho, si aquella inhibiera a dichos bienes de entrar en una liquidación por causa de disolución de la sociedad, entonces tampoco podrían ser objeto de liquidación, conforme al artículo 1o., de la citada ley 28, los bienes pertenecientes a cada uno de los cónyuges aportados por él al matrimonio o adquiridos en éste a título oneroso, por cuanto para las sociedades constituídas después del 1o., de enero de 1933 tampoco tiene recorte de ninguna clase la facultad administrativa y dispositiva otorgada a la mujer para esa clase de bienes durante la vida de la sociedad.

No hay que olvidar que las sociedades conyugales tienen peculiares distintivos en su régimen y administración y por consiguiente no pueden aplicárseles las mismas reglas, ni los mismos principios de derecho establecidos para otras agrupaciones sociales. Veamos algunas de sus características singulares:

Los socios cónyuges pueden tener dos clases de patrimonios: uno social, adquirido a título oneroso durante la sociedad, y



otro privado o particular, formado por los bienes adquiridos a título gratuito o por los que tuvieron a tiempo de contraer matrimonio.

Las transacciones o tradiciones del dominio hechas por los esposos entre sí y respecto de los bienes sociales, no pueden tener el efecto, como ya se dijo, de sustraer dichos bienes de la sociedad, porque una de las distintivas de esta asociación sui-géneris, que actualmente no nace propiamente sino cuando deja de existir, es que por mandato de la ley cada socio adquiere para la sociedad y no para sí mismo. Si el adquirente puede disponer libremente de los bienes adquiridos por él, no es porque sea dueño exclusivo de ellos, sino porque de acuerdo con la ley 28 de 1932 cada cónyuge es socio coadministrador o una especie de gerente de la sociedad conyugal. Y no ocurre lo mismo con las otras sociedades, con las colectivas, por ejemplo: en éstas el socio puede adquirir para sí o para la sociedad; en cambio en la conyugal el cónyuge adquirente a título oneroso, lleva forzosamente lo adquirido a la sociedad, aun cuando no sea esa su voluntad. Y esta regla no tiene excepción; el bien continuará siendo potencialmente de la sociedad, aunque administrado por el adquirente, en tanto no lo transfiera éste, como representante de la sociedad, a un tercero.

Esta tesis resulta lógicamente de todas las disposiciones del Código Civil y de las reformas de la ley 28, y la confirma el simple análisis del fenómeno jurídico que se cumple al hacer la distribución autorizada para determinadas sociedades antes de la disolución del matrimonio. Porque esa distribución no implica una nueva adquisición; los esposos no se hacen por medio de este acto amigable más ricos de lo que eran; lisa y llanamente apenas se distribuyen las facultades administrativas y dispositivas, mientras dura el matrimonio, sobre los mismos bienes que antes tenían.

Pero en el supuesto de que la mujer hubiera adquirido unos bienes por distribución o anticipo de gananciales, aún en ese caso la adquisición se hizo mediante la cesión efectuada a su vez por ella a favor del marido de otros bienes sociales sobre los cuales tenía derecho de socio. Lo que equivale a decir que las adjudicaciones o señalamientos recíprocos hechos por los cónyuges en la distribución amigable, no son a título gratuito, no son donaciones; son a título oneroso, en que cada uno da el equivalente de lo que recibe. Y si son adquisiciones a título oneroso, es incuestionable que entran a la sociedad, en el supuesto hecho de que hubieran salido los bienes adquiridos de ella: porque los negocios que celebran

los esposos entre sí, sobre tradiciones recíprocas de bienes sociales, no cambian el titular del derecho de dominio, que en el fondo es la sociedad.

El artículo 1o. de la ley 28 de 1932 otorga, como se ha dicho, a los cónyuges la facultad de administrar todos los bienes que por cualesquiera causas hubieren adquirido, pero debe observarse bien que ello es solamente, como empieza diciendo la disposición citada, para que tal facultad se ejercite "durante el matrimonio". Y allí mismo se prevé lo que debe hacerse una vez que éste termine: se considerará que ha existido una sociedad entre los cónyuges desde la celebración del matrimonio, y "en consecuencia se procederá a su liquidación". Por manera que siendo lo primero que debe hacerse cuando ocurre la disolución del matrimonio proceder inmediatamente a liquidar la sociedad que se supone constituida desde la celebración de aquel, la liquidación no puede hacerse sino disuelta la sociedad, y entonces se obra conforme lo manda el artículo 1821 del Código Civil: se confecciona un inventario y se tasan TODOS los bienes que la sociedad usufructuaba o de que era responsable. Y como está demostrado que los bienes que cada cónyuge administraba en virtud de la distribución previa no pudieron salir de la sociedad, o por la misma distribución reingresaron al haber social, deben aquellos bienes ser también inventariados y tasados.

Y debe ser así porque la misma ley 28 al permitir las distribuciones previas con las finalidades ya expuestas, dispuso que "si se distribuyeren gananciales, se imputarán a buena cuenta de lo que hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva". Este artículo, que es el 7o., parte de la base de que habrá una liquidación final, la misma que ordena el artículo 1o., en la cual se deben tomar en cuenta las adjudicaciones que anteriormente se hayan hecho los cónyuges y tomarlas o imputarlas como un anticipo. Claro está que para poder descontar ese anticipo en la liquidación, es necesario incluir los bienes en los inventarios.

En resumen: sostengo que es un error jurídico y legal dar a las distribuciones previas hechas por los cónyuges el carácter de verdaderas liquidaciones, y no tomarlas, como lo interpreta la jurisprudencia de la Corte, como medidas de orden administrativo interno que no cambia la naturaleza de los bienes y que desaparecen al disolverse la sociedad. Además, esta última interpretación es la que más se amolda a la índole y reglamentación de las so-



ciudades conyugales y de su liquidación, a la par que consulta mejor la equidad, y los derechos de los herederos, sean o nó legítimos.

# *Consulta*



POR EL DR.  
ANTONIO J. PARDO



# Consulta

---

No constituye la consulta un verdadero recurso judicial, sino otro grado de jurisdicción, que origina la segunda instancia.

En materia civil son muy reducidas las providencias que deben ser consultadas, a diferencia de los fallos dictados en el ramo penal respecto de los cuales debe llenarse esa formalidad, aún en el caso de que las partes interesadas interpongan apelación.

Las únicas sentencias civiles que se consultan son las que declaran alguna obligación, a cargo del Estado, Departamento o Municipio, en primera instancia, y los fallos a que aluden los artículos 821 y 823 del C. J., proferidos en el juicio sobre interdicción judicial por demencia o sordomudez y en el proceso de rehabilitación del que ha sido puesto en entredicho por las causales indicadas y también por disipación.

En materia laboral se consultan las decisiones de primera instancia cuando son totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, si éste no ha interpuesto el recurso de apelación, y también los fallos condenatorios de las entidades de derecho público, según se dispone en el artículo 69 del Decreto No. 2.158 de 24 de junio de 1.948, dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias.

Hay una perfecta analogía entre la consulta y el recurso de apelación, aunque también difieren por algunos aspectos.

Se asemejan ambos en que tanto la apelación como la consulta implican otro grado de jurisdicción que da lugar a una segunda instancia; en que la una y la otra se entienden interpuestas en lo desfavorable al recurrente o a la entidad de derecho público, es decir, que en ambas instituciones tiene aplicación el principio de la *reformatio in pejus*, y finalmente, en que en la segunda instancia siguen los mismos trámites, con arreglo al artículo 509 del código judicial; pero se diferencian en que la apelación exige una actividad del litigante que establece dicho recurso, en tanto que la consulta se ordena por el juez, de oficio, y además, en que el fallo sujeto a consulta no se ejecutoria, mientras élla no se surta, en tanto que una sentencia apelada, en el efecto devolutivo, y que por consiguiente causa ejecutoria, se puede cumplir, estando pendiente la apelación.

Se puede, por tanto, decir que la consulta que suspende o dilata la normal ejecución de la sentencia se asimila a la apelación, cuando ésta se otorga en el efecto suspensivo.

#### Requisitos que exige la consulta

Según el artículo 508 del C. J. se necesitan dos condiciones para que sea consultable la sentencia, a saber: **Primera.**—Que élla declare alguna obligación a cargo del Estado, Departamento o Municipio; y **Segunda.**—Que el fallo sea dictado en primera instancia.

Por consiguiente, las sentencias proferidas en juicio en que intervienen dichas entidades públicas como demandadas, cuando son absolutorias, o se limitan a reconocer una excepción de fondo o de forma, negando las peticiones del libelo, no están sujetas a consulta.

Parece que diera a entender el artículo 508 del C. J. que solo las sentencias que reconocen acciones de condena ejercitadas contra la Nación, Departamento o Municipio se deben consultar, sin que sea preciso cumplir dicha formalidad respecto de los fallos de primera instancia que acogen acciones declarativas o reconocitivas o constitutivas o modificativas; pero la interpretación del mencionado precepto en esta forma no se ajusta a la lógica, ni es tampoco aceptable. Porque cuando se ejercitan acciones declarativas o constitutivas bien puede suceder que se impongan obligaciones a cargo de las entidades de derecho público, y entonces es menester consultar el fallo con el superior.



Però si la sentencia se limita a constatar la existencia de un hecho jurídico importante o modificar una situación jurídica, sin imponer a la persona de derecho público una prestación que afecte su patrimonio, la decisión judicial en tal caso no es consultable.

En la práctica se ha dado a la formalidad de la consulta, por los funcionarios judiciales, una extensión a casos no comprendidos dentro del artículo 508 del C. J.

Ocurre, con frecuencia, que en ejecuciones seguidas contra algún municipio los jueces ejecutores consultan la sentencia de pregón y remate, que en procedimientos compulsivos en que figuran como actores entidades de derecho público y en los que el demandado propone excepciones, se sujetan a consulta las sentencias que reconocen alguno de los medios exceptivos, o que fallos dictados en juicios ordinarios promovidos por el Estado, o un Departamento o un Municipio contra particulares, si son absolutorios, se someten también a la misma formalidad.

Es obvio que en tales casos la consulta resulta improcedente, porque las sentencias indicadas no declaran obligación alguna a cargo de una entidad de derecho público.

La sentencia de pregón y remate, en el primer ejemplo, no impone al Municipio obligación alguna, pues ni siquiera éste puede ser condenado en costas, ya que la deuda, materia de la ejecución aparece constatada en un documento o acto de los que conforme a la ley prestan mérito ejecutivo; en el segundo caso, el fallo judicial se limita a declarar extinguido el derecho crediticio que alega la entidad de derecho público, sin que a ésta se le condene a prestación alguna, pues afirmar que el demandante dejó de ser acreedor no equivale a decir que es deudor, y en los otros eventos aparece con toda claridad que el fallo judicial no es de condena, sino por el contrario absolutorio, por lo cual está muy lejos de declarar obligación alguna contra el Estado, Departamento o Municipio.

La sentencia declarativa de alguna obligación contra la persona de derecho público debe ser pronunciada en primera instancia. La razón de este requisito es demasiado clara; la consulta implica otro grado de jurisdicción, y nuestro código procesal sólo reconoce en los juicios, por lo general, dos instancias, y a veces una sola, pero en ningún caso tres instancias.

De esto se puede deducir que si en un juicio ordinario se-

guido contra un Municipio ante el respectivo Juez de Circuito, éste funcionario dicta sentencia absolutoria, y solamente la sala de Decisión del Tribunal Superior, en virtud de apelación del demandante, revoca la providencia recurrida y condena a la entidad demandada, dicho fallo no es consultable, por cuanto se profirió, no en la primera instancia, sino en la segunda.

Se establece en el artículo 509 del C. J., que las consultas de autos o sentencias que el código dispone se hagan por el Juez, en ciertos casos, se sustancian y deciden por el superior, como las apelaciones, lo que quiere decir que si la materia de consulta es un auto interlocutorio o fallo dictado en juicio especial, la tramitación en la segunda instancia viene a ser la señalada en el artículo 502 *ibidem*.

Tratándose de la consulta de un auto interlocutorio, siendo el superior un Tribunal, conoce de ella individualmente el magistrado ponente, a menos que la ley establezca que la decisión deba acordarse por la sala de decisión. Si la consulta versa sobre un fallo pronunciado en un procedimiento especial, debe resolverse, si el superior es un tribunal, o la Corte, en sala de Decisión, o Sala Plural.

En caso de que la sentencia se profiera en un juicio ordinario y deba ser consultada, la consulta se tramita en la segunda instancia en la forma indicada por los artículos 755 hasta 763 del C. J., inclusive, si el negocio es de mayor cuantía, y se siguen los trámites señalados en los artículos 771, 772 y 773 *ibidem*, cuando el litigio es de menor cuantía.

Con arreglo al artículo 510 del C. J. la sentencia que debe ser consultada, no se ejecutoria mientras no se surta la consulta, precepto éste que guarda armonía con el 468 *ibidem* que da la definición de lo que se entiende por fallo en firme que es "aquél que no debe ser consultado, ni hay contra él recurso alguno en el juicio, o se ha dejado pasar el término sin interponerlo.

Y está en consonancia dicho texto con el artículo 549 del prementado código que consagra la regla general de que solo se puede exigir la ejecución de una resolución judicial, desde que ésta queda ejecutoriada o en firme.

De lo dicho anteriormente se deduce, sin mayor dificultad, que la sentencia proferida por el juez de circuito contra un municipio, en juicio ordinario, en la cual se le impone alguna obligación, y que no se sujetó a la formalidad de la consulta ante el su-



perior, porque el representante de la entidad demandada no interpuso apelación contra el fallo, no constituye verdadero título ejecutivo, según el artículo 982 del código judicial, el cual le da tal fuerza a la obligación que emane de una decisión judicial que deba cumplirse.

Y creemos aún más: que si por error el juez de circuito, con pretermisión del deber que tiene de consultar el fallo, lo declara en firme en providencia que se ejecutoria, la sentencia no se puede ejecutar o cumplir, ni en la forma indicada en el artículo 551 del C. J., en caso de condenar al demandado a la entrega de alguna cosa raíz o mueble, ni por la vía incidental que señala el artículo 553 *ibidem*, si condena en abstracto al pago de perjuicios, frutos u otra cosa semejante, ni mucho menos por la secuela del procedimiento ejecutivo, si el fallo impone una prestación de entregar especies indeterminadas de género o de hacer o de pagar una cantidad líquida de dinero, por cuanto el artículo 510 del prementado estatuto establece que el fallo no se ejecutoria mientras no se surta la consulta, precepto que como hemos dicho guarda perfecta congruencia con el 468 *ibidem* que establece los requisitos indispensables para que la sentencia se considere en firme o ejecutoriada.

### RECURSO DE SUPLICA

Este recurso solamente es nuevo, en cuanto a su denominación, pues el artículo 88 del C. J., que rigió hasta el 1o. de enero de 1932, lo llamaba impropriamente apelación, la cual se podía interponer contra los autos de sustanciación que causaran un gravamen irreparable o contra las providencias interlocutorias que resolvieran algún incidente.

Es claro que el nombre de apelación resulta inadecuado para dicho recurso, pues aquella supone una jerarquía superior que no puede existir entre los Magistrados que integran la misma sala de decisión.

Del tenor literal del artículo 511 del Código Judicial se puede deducir que se requieren tres requisitos esenciales para la procedencia de la súplica, a saber: 1o. que la providencia sea interlocutoria; 2o., que sea dictada por un solo magistrado, o sea, el ponente; y 3o., que al proferirse la resolución de la calidad indicada, el magistrado no haya procedido como juez *ad-quem*.

Sentados estos antecedentes podemos concluir que la súp-

plica no tiene cabida respecto de los autos de sustanciación, ni en cuanto a las sentencias. Contra los primeros, solo puede interponerse por las partes, dentro del término legal, el recurso de reposición; contra la segunda clase de providencias judiciales no se puede establecer el recurso de reposición, con arreglo al artículo 482 del C. J., para el efecto de revocar o reformar el fallo por el mismo Juez o Tribunal que lo ha pronunciado, y bien sabido es que la súplica no es otra cosa que la reposición que se interpone, no ante el magistrado que dictó la providencia, sino ante los magistrados restantes de la sala de decisión.

Si la sentencia es de primera instancia, se puede establecer contra ella el recurso de apelación por ambas partes o cualquiera de ellas; si se profirió en segunda instancia, es inapelable, y únicamente procede contra ella, en caso de haberse proferido por un Tribunal Superior, el recurso de casación, con base en las causales taxativamente determinadas por el artículo 520 del código judicial, o el extraordinario de revisión, al ocurrir alguno de los motivos indicados en el 543 de dicha obra.

Fuera de la prohibición que se establece en el artículo 482 del C. J., en cuanto a la revocación y reforma de la sentencia por el funcionario o tribunal que la ha pronunciado, se puede agregar, para rechazar la improcedencia de la súplica contra tal providencia judicial, que sería absurdo que una decisión viniera a ser revisada por menor número de magistrados de los que intervinieron para dictarla.

El recurso de súplica es ineficaz respecto de los autos interlocutorios no dictados por el magistrado ponente, sino por la sala de decisión, como ocurre con la providencia que manda poner en conocimiento de las partes alguna causal de nulidad o que la declara, cuando el superior es un tribunal, antes de dictar la sentencia, o con el auto para mejor proveer que profiere la misma corporación, en segunda instancia, el cual debe ser firmado por los magistrados de la sala de decisión, y no está sometido a ningún recurso, con arreglo al artículo 600 del C. J.

Es también requisito indispensable que el auto interlocutorio haya sido dictado por el magistrado ponente, no procediendo como Juez ad-quem. En el proceso civil se distinguen dos clases de jueces: Juez A-quo y Juez ad-quem.

En el lenguaje común se considera como Juez a-quo, el de primera instancia o el que concede el recurso de apelación, y Juez



**Ad-quem** aquel a quien corresponde decidir, porque ante él se otorgó, el recurso de apelación o el de hecho.

Dos ejemplos demostrarán cuando el magistrado ponente en un negocio de que conoce el Tribunal Superior procede como **Juez ad-quem** o actúa sin tal calidad.

Un Juez de Circuito, en juicio ordinario, niega la práctica de pruebas pedidas por el demandado; éste apela del respectivo auto y se le concede el recurso ante el Superior. Llegado el negocio al Tribunal, se reparte a uno de los Magistrados de la Sala Civil, y éste, previa la tramitación indicada en el artículo 502 del C. J. confirma la providencia recurrida.

Estará sujeto éste auto que tiene el carácter de interlocutorio al recurso de súplica ante los Magistrados restantes de la Sala de decisión?. Indudablemente no, porque el magistrado ponente actuó al dictar el proveído confirmatorio del apelado, en la calidad de Juez ad-quem, ya que decidió sobre la alzada interpuesta por la parte demandada.

En cambio, si estando el juicio ordinario que se ha decidido en sentencia de fondo por el inferior, en apelación ante el Tribunal, el Magistrado ponente niega la apertura de la causa a pruebas o rechaza las pedidas por alguna de las partes, o resuelve sobre el incidente de objeciones a un dictamen pericial, o decreta la acumulación de autos o admite el desistimiento de la demanda o de la acción, o declara confeso a alguno de los litigantes, respecto de cualquiera de tales providencias tiene cabida el recurso de súplica, ante la Sala Dual, por cuanto el magistrado ponente procedió en cualquiera de dichos casos, no como juez **ad-quem**, aunque tampoco como juez **a-quo**.

### Extensión del recurso de Súplica

De conformidad con las ideas que hemos expuesto, el recurso de súplica puede interponerse contra las siguientes resoluciones judiciales:

a) Autos interlocutorios proferidos por el magistrado ponente en negocios civiles que corresponden al Tribunal Superior, en segunda instancia, cuando aquel funcionario no procede como juez **ad-quem**.

b) Providencias interlocutorias pronunciadas por el mismo Magistrado, en asuntos civiles atribuidos al Tribunal Superior en

única instancia, en casos en que la ley no disponga que el auto debe dictarse por la respectiva sala de decisión.

c) Proveídos interlocutorios dictados por el Magistrado ponente en negocios que corresponden al Tribunal Superior en segunda instancia y que deben ser decididos individualmente por el referido Magistrado (inciso 5o. art. 70 del C. J.).

d) Autos interlocutorios dictados por el Magistrado Ponente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la tramitación de los recursos de casación y de revisión, siempre que tales providencias no deban ser firmadas por todos los magistrados de dicha sala.

e) Providencias interlocutorias proferidas por el magistrado ponente de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en aquellos asuntos civiles que le están atribuidos en segunda instancia, cuando aquel funcionario no actúe como juez *ad-quem*.

f) Resoluciones interlocutorias dictadas por el magistrado ponente de la misma sala de negocios generales en los asuntos de carácter civil que le están atribuidos en primera o única instancia, cuando no corresponda a toda la sala firmar la decisión, y

g) Autos interlocutorios proferidos por el Magistrado ponente de la Corte plena, en la tramitación de los asuntos a que se refiere el artículo 30 del Código Judicial, siempre que la ley no establezca que la resolución debe ser suscrita por todos los Magistrados de dicha Sala Plural.

No están sujetas al recurso de súplica las siguientes providencias:

1o — Autos interlocutorios proferidos por los Tribunales en aquellos asuntos de que conocen en primera instancia, providencias que deben estar suscritas por la sala de decisión y son apelables ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema (inciso 3o., art. 84 del C. J.).

2o — Autos interlocutorios proferidos en la segunda instancia por el Magistrado ponente del Tribunal, en negocios civiles, cuando el código judicial dispone que dichas resoluciones deben estar firmadas por los magistrados de la Sala de Decisión:

3o — Autos interlocutorios dictados en la segunda instancia por el Magistrado Ponente, en los negocios de competencia de los Tribunales Superiores o de cualquiera de las salas de la Cor-



te Suprema de Justicia o de la Corte en pleno, si dicho magistrado interviene en su calidad de Juez *ad-quem*, y

4o — Providencias interlocutorias dictadas en la primera o en la segunda instancia, en asuntos atribuidos a la Corte o a cualquiera de sus salas, cuando el Magistrado ponente no actúa como juez *ad-quem*, si en virtud de disposición legal la resolución debe estar firmada por los Magistrados que integran la respectiva sala plural.

Asímila el código judicial el recurso de súplica, al de reposición, al establecer en el artículo 512 de dicho estatuto que se sustancia y falla el primero como el segundo y contra el auto que lo decide no queda otro remedio que el de queja.

Dada la analogía, el memorial en que la parte agraviada interpone súplica ante los magistrados restantes de la Sala de Decisión debe ser presentado dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto interlocutorio; vencido este término la solicitud se mantiene en la secretaría por dos días a disposición de la contraparte para que pueda impugnarla dentro de ese plazo, finalizado el cual, la sala debe resolver si accede o no a la reposición.

De la providencia que decide la súplica en sentido favorable o desfavorable a la parte, no se puede pedir nueva reposición o súplica, ante la misma sala, tanto por lo que estatuye el artículo 489 del C. J., como por lo que establece el prementado art. 512 *íbidem*.

Mucho menos tiene cabida el recurso de apelación contra dicho proveído. Si se niega la reposición o súplica, la alzada está prohibida por el art. 493 del C. J. aplicable por analogía, y en el caso de que se accediera a la petición de reforma o modificación de la providencia, la resolución que decide la súplica es inapelable, porque generalmente dicho recurso solo se concede en los negocios civiles que están en primera o única instancia o en segunda, y nuestros principios básicos de organización judicial establecen que no hay sino dos instancias, y no una tercera, y no hay segunda, cuando se dispone que un asunto civil apenas tenga primera o única instancia.

Por lo demás, el artículo 512 del código judicial da a entender muy claramente, que contra el auto que decide la súplica no queda otro remedio que el recurso de queja, es decir, el denuncia criminal que puede poner la parte agraviada contra los Magis-

trados de la Sala Dual, si violaron la ley a sabiendas o fraudulentamente, con el fin de que se deduzca contra dichos funcionarios la responsabilidad penal y la civil de indemnización de perjuicios.

Algunos juristas han creído, con base en el tenor literal del artículo 511 del C. Judicial, que la súplica se concede por el Magistrado ponente ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, en forma igual a la apelación.

Consideramos que esta interpretación del texto que hemos citado es inadmisibile, porque la súplica no viene a ser otra cosa que la reposición del proveído interlocutorio, que se solicita, no ante el Magistrado que dictó la resolución, sino ante los Magistrados restantes de la respectiva Sala.

Por consiguiente, para que el recurso sea eficaz y validero se necesita que el memorial en que se pide la revocación total o parcial, reforma o aclaración del auto interlocutorio, se presente dentro de los tres días siguientes a la notificación de dicho proveído, y naturalmente la solicitud que fundamenta la súplica o reposición debe estar dirigida a la Sala Dual, si se trata de un Tribunal, o a los Magistrados restantes de la respectiva sala.

Por ningún concepto, la súplica se puede asimilar al recurso de apelación para el efecto de que deba concederse por el Magistrado ponente, como se otorga la alzada, ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión.

---



*La Enciclopedia*  
DE  
*Ciencias Penales*



POR EL DR.  
N. SAMUEL DEL PARDO G.

# La Enciclopedia de Ciencias Penales

---

## 1. Clasificación general de las Ciencias.

La investigación científica opera sobre cosas, hechos o fenómenos. El primer paso consiste en observarlos, con lo que obtenemos un conocimiento vulgar, pero que constituye el punto de partida para la elaboración de la ciencia. Se estudia luego la unidad en la pluralidad de tales cosas, hechos o fenómenos, la regularidad en sus manifestaciones, su desenvolvimiento histórico y se trata de precisar las causas que los motivan.

Si los juicios que se formulan no presentan otro alcance que el de analizar y describir los fenómenos, al igual que sus causas y su proceso evolutivo, nos encontramos en presencia de lo que ha venido denominándose ciencias naturales. Pero junto a este grupo de conocimientos científicos existe otro que integra, según DILTHEY, la mitad del *globus intellectualis*, en el que se opera sobre realidades que se producen en el espíritu del hombre. Las ciencias de este segundo grupo no han sido objeto de una denominación común reconocida: se les ha llamado ciencias de la sociedad, de la cultura, morales, históricas, del espíritu (1).

En los últimos tiempos se han consagrado las expresiones



ciencias del valor y del deber ser para designar las del segundo grupo y diferenciarlas de las ciencias de la Naturaleza o del ser que integran el primero. La distinción no se limita a precisar los nombres, sino que constituye un nuevo criterio clasificador de trascendental importancia. Carlos COSSIO, en la Argentina, ha logrado desenvolverlo con sagacidad y precisión para aplicarlo felizmente a la ciencia jurídica en su concepción egológica del Derecho. (2).

La característica diferencial de las ciencias del ser o de la Naturaleza estriba en que el hombre observa hechos que son y forma juicios de índole natural que exterioriza por medio de proposiciones que se llaman **predicativas**.

Su fórmula general se expresa de este modo:

Dado A es B.

Queriendo significar que del antecedente A se predica como natural y de producción inexorable la consecuencia B.

En las ciencias del deber ser o del valor se verifican experiencias humanas y se determinan sus consecuencias tal como deben ser, formulando así juicios valorativos, exteriorizados por medio de proposiciones llamadas **normativas**.

He aquí su fórmula general:

Dado A debe ser B.

Queriendo significar que del antecedente A debe seguirse, porque así lo impone la norma, la consecuencia B.

Si desarrollamos ambas fórmulas, sustituyendo con ejemplos los términos que las integran, quedarán los conceptos suficientemente aclarados.

Veamos la primera:

A = Cuerpo abandonado a si mismo.

B = Caída con movimiento uniformemente acelerado.

Dado (cuerpo abandonado a si mismo) es (caída con movimiento uniformemente acelerado).

Y la segunda:

A = Hombre que mata voluntariamente a otro.

B = Presidio de x años (determinados en el Código

Penal).

Dado (hombre que mata voluntariamente a otro) debe ser (presidio de x años).

Porque así lo impone con carácter de norma, a la que de-

be ser ajustada la conducta humana, el artículo correspondiente del Código Penal.

En uno y otro caso se estudian hechos, se formulan juicios, se establecen consecuencias. Pero la índole de estas y la posición del investigador es distinta y, por ende, distinta resulta la ciencia que forma. Lo que no excluye que, en muchos casos, pueda operarse sobre el mismo hecho en ambos campos de la investigación científica. Así, por ejemplo, al contemplar a un hombre en estado de embriaguez, puede formularse el juicio natural de que aquel estado es consecuencia de haber ingerido cierta cantidad de alcohol y que cesará al cabo de algunas horas (como haría un médico); o el juicio valorativo de que tal estado se produjo como consecuencia de un vicio que debe ser corregido (como podría hacer un moralista).

Conviene tener muy en cuenta esta posibilidad de enfocar los mismos hechos desde el punto de vista natural o haciéndolos objeto de valoración, ya que resultará muy interesante para nuestro estudio, como vamos a ver seguidamente.

## 2. Las Ciencias Penales; su aspecto natural y su enfoque valorativo: la Filosofía Penal.

Entre los hechos que son objeto de investigación científica tienen forzosamente que figurar, ocupando lugar destacado, los crímenes o delitos.

Nada tiene de particular que hechos tan relevantes, dotados de tanta trascendencia, hayan preocupado y preocupen a los investigadores en los diversos campos del mundo científico. Sabemos ya que un mismo fenómeno puede ser estudiado desde el punto de vista natural, y, por otra parte, desde el punto de vista valorativo, dando lugar con ello a que tal estudio corresponda, respectivamente, a las ciencias del ser o a las del deber ser. Así lo vimos en el caso del hombre embriagado y podemos ampliar el ejemplo en cuestión al que mata, al que roba, al que incendia. Como dice BERBALDO DE QUIROS (3) el delito despierta, de un lado, curiosidad; de otro, condenación. La primera da lugar a que se analice en el campo del ser; la segunda a que se considere en el campo del deber ser. Y en virtud de tal simultaneidad en el estudio de la delincuencia han surgido las diferentes disciplinas que se conocen con el nombre —sin duda inadecuado, pero difícilmente sustituible— de Ciencias Penales. (4).

He aquí un cuadro comprensivo del conjunto —La Enci-



Enciclopedia de Ciencias Penales— clasificadas según el criterio expuesto:

Enciclopedia de Ciencias Penales	Ciencias Penales del ser	Criminología	Biología criminal Antropología criminal Psicología criminal Sociología criminal
		Estadística criminal	
		Criminalística	Medicina Legal Psicología Judicial Otros conoci- mientos auxiliares
	Ciencias Penales del deber ser	Política Criminal Derecho Penal Penología	Sustantivo procesal penitenciario

En este cuadro no hacemos referencia a los estudios filosóficos en relación con los hechos criminales. Vamos a razonar la causa de la exclusión.

La **Filosofía**, según HEGEL, puede ser definida, en general, como la consideración reflexiva de los objetos y se consagra a los pensamientos que se formulan sobre los mismos pensamientos o modos de la conciencia (5). Al operar sobre el propio conocimiento científico se manifiesta respecto a este al igual que este con sus objetos particulares y aspira a lograr la máxima síntesis y abstracción posibles. Cuando la indagación filosófica se limita a un determinado orden de cosas, se construye la filosofía del mismo; si se refiere, pues, a los hechos penales puede hablarse de la **Filosofía Penal**. Pero incluir esta **Filosofía Penal** como una de las ciencias que integran la **Enciclopedia** vendría a ser algo parecido a la inclusión de lo abstracto como una parte de lo concreto.

No existe, por otro lado, una construcción científica que trate de sintetizar a base de pensamientos reflexivos los fundamen-

tos de las Ciencias Penales. La *Filosofía Penal* podrá ser formada cuando tomando como base las diversas ciencias que se ocupan del crimen, se busquen las relaciones entre los elementos conceptuales que las integran y se logre una abstracción aplicable al conjunto. De momento, aunque contamos con los materiales, nos falta la trabazón que permita proclamar la existencia de un cuerpo arquitectónico.

Lo que si se ha manifestado con gran prolijidad es la tendencia a fundamentar filosóficamente la represión del crimen. Pero ello constituye un aspecto muy distinto de la cuestión y no viene a ser otra cosa que la aplicación de un sistema filosófico determinado, una especial concepción del Mundo, al problema de la delincuencia. De aquí no puede surgir, por abstracción, una *Filosofía Penal*, sino que, por el contrario, de principios amplios, sentados "a priori", se deducen conclusiones concretas para un determinado orden de cosas. Esta aplicación de postulados generales al círculo especial de nuestro estudio no permite la consideración de una ciencia autónoma, suficientemente desligada de la *Filosofía* en su más amplio sentido, ni siquiera, en un ámbito menor, de la *Filosofía Jurídica* y de la *Teoría General del Derecho*. (6).

### 3. Concepto y contenido de la Criminología.

La expresión *Criminología* significa, etimológicamente, tratado del crimen.

Atendiendo, por tanto, a su acepción etimológica podría aplicarse a todos los conocimientos que al crimen se refieren. Pero esta concepción, de carácter amplísimo, hay que limitarla considerablemente para señalar el contenido que a esta ciencia corresponde.

Entre las Ciencias Penales, la *Criminología*, de conformidad con la clasificación establecida anteriormente, es una ciencia del ser, que estudia el fenómeno delincuencia en el terreno de lo natural o, para expresarnos con mayor exactitud: forma un sistema científico a base de los mismos hechos que, al ser jurídicamente valorados, llamamos delitos, pero sin formular por su parte juicios de valoración. (7).

Tanto en el crimen como en cualquier actividad humana influyen factores de tipo biológico, desde el momento en que el hombre se haya dotado de una estructura fisiológica que es el soporte de su personalidad. El estudio de dichos factores, inherentes al individuo o incorporados a este por el medio ambiente, la ordenación



científica, en suma, de cuantos elementos biológicos influyen en el delito, da lugar a la **Biología Criminal**.

Si el estudio se limita a los caracteres somáticos del hombre, determinantes en mayor o menor grado de su propensión a la delincuencia, es decir, a los factores físicos individuales que en esta concurren, tendremos la **Antropología Criminal**, concebida en amplios términos por LOMBROSO (8) y reducida luego a dimensiones más prudentes (9), sin faltar quien haya negado la existencia de tales factores (10). Esta ciencia puede considerarse dotada de sustantividad o formando parte de la **Biología Criminal**, ya que el segundo término, por ser más amplio, comprende al primero.

Demostrada como está la relación íntima entre lo somático y lo psíquico, puede incluirse en la **Antropología Criminal** la **Psicología Criminal**, enfocada, eso sí, en sentido analítico, susceptible de investigaciones experimentales, sin rebasar los límites de las ciencias del ser. A esta integración contribuyen poderosamente los modernos estudios de **Endocrinología**, según los cuales el funcionamiento de las glándulas de secreción interna influyen sobre el carácter y significan, por tanto, un destacado factor en la criminalidad (11). La influencia de lo somático sobre la psicología se extiende, en general, a todo el organismo y son muy interesantes a este respecto los estudios de KRETSCHMER (12), que analiza el temperamento en relación con el tipo corporal. También constituyen una aportación a la **Psicología Criminal** las tan divulgadas teorías de FREUD y sus discípulos sobre el psicoanálisis.

En suma: la **Psicología Criminal**, formando parte de la **Antropología Criminal** o como ciencia autónoma, se incluye en la **Enciclopedia de Ciencias Penales**, pero su estudio, conviene repetirlo, ha de enfocarse presentando los fenómenos psicológicos como realidades análogas a las orgánicas, sin la intervención de juicios valorativos.

Finalmente, el estudio de la realidad sociológica en conexión con la delincuencia, el estudio del medio social como factor del delito, enfocándolo también en el mismo sentido natural que los anteriores, da lugar a la **Sociología Criminal**.

No cabe duda que el medio social, de igual manera que la constitución orgánica y el medio natural, influye poderosamente en la conducta humana y que aquél elemento es también susceptible de estudio, abstracción hecha de la valoración que pueda merecer. Sin las pretensiones exageradas de COMTE por lo que se re-

fiere a la **Sociología** en general (13), y de FERRI por lo que afecta a la **Sociología Criminal** (14), se presenta esta última como una ciencia de gran interés en los estudios penales. MANZINI, que sostiene esencialmente esta posición, la califica, con elegante expresión figurada de **Historia Natural de la Delincuencia**. (15).

Y como todos estos fenómenos —factores biológicos, antropológicos, psicológicos, sociales— pueden ser estudiados reduciéndolos a un sistema, con acusada relación entre sí, dicha construcción científica integra el contenido de la **Criminología**, creada por GAROFALO (16), con ambiciosas proporciones, al igual que la **Antropología Criminal** por LOMBROSO y la **Sociología Criminal** por FERRI, y reducida hoy a términos más justos. Así enfocada la **Criminología**, tal como la concebimos por nuestra parte, con objeto preciso y método propio, dentro de las variedades que como a todo sistema de vasto contenido le son peculiares, es posible afirmar su rango científico y su valiosa eficacia frente a las objeciones negativas de algunos autores.

Relacionada intimamente con las expresadas disciplinas se halla la **Estadística Criminal**, ciencia del ser que, como indica su nombre, tiene por objeto señalar con datos numéricos los hechos criminales. En virtud de los estudios estadísticos se establecen relaciones entre los factores de la delincuencia y se obtienen conclusiones de gran interés científico. Así pueden formarse cuadros expresivos de la criminalidad y destacar las variaciones de esta en atención a determinadas circunstancias. En casi todos los países se llevan con gran cuidado las estadísticas criminales (7). Constituyen un valiosísimo elemento auxiliar para el estudio de la **Criminología** y, en puridad, la elaboración de aquellas viene a formar parte de la **investigación criminológica**.

#### 4 La Criminalística.

Otra disciplina penal, que encuadramos entre las del ser, es la **Criminalística**. La denominación se debe a GROSS (18), pero existen antecedentes de tales estudios desde hace mucho tiempo (19). Se trató de precisar su concepto en un Congreso celebrado en Chile en 1944. (20).

Tiene por objeto la consideración sistemática de los medios empleados para el descubrimiento del delito y la identificación del delincuente. Se discute cual sea su auténtico contenido y se pone en tela de juicio su carácter de ciencia (21). Veamos el primer



aspecto de la cuestión para resolver, en consecuencia, lo que proceda respecto al segundo.

Hemos presentado la *Criminalística* como integrada por los siguientes elementos:

- a). **Medicina Legal.**
- b). **Psicología Judicial.**
- c). **Otros conocimientos auxiliares.**

Bajo la denominación de **Medicina Legal**, como parte de la *Criminalística*, se comprende la serie de conocimientos médicos que son frecuentemente aplicables a la tarea de comprobar los delitos e identificar a los delincuentes. Sin perjuicio de la intervención directa del Médico, en su calidad de perito (22), todos los que ejercen funciones relacionadas con la delincuencia deben poseer ciertos conocimientos de tal naturaleza y, de un modo especialísimo, los Jueces en su calidad de **peritus peritorum**.

Esta aplicación de la Medicina a los problemas suscitados por la criminalidad se extiende, asimismo, a la Química y a otras materias que con aquella se relacionan y cabe seleccionar tales conocimientos, presentándolos de manera sistemática, con especial enfoque a la finalidad de que se trata, sin perjuicio de que, en ciertos casos, surja la necesidad de solicitar nuevas aportaciones. La práctica de autopsias, las características de las lesiones corporales, muchas cuestiones relativas a rastros y huellas, etc., etc., se comprenden en los estudios de **Medicina Legal**. Dado el carácter científico de la materia de donde los referidos elementos se extraen, no puede ser otra la cualidad de este primer ingrediente que integra la *Criminalística*.

La **Psicología Judicial** es el segundo ingrediente. Al igual que de la Medicina se toman los expresados conocimientos, de la Psicología, en sus conclusiones prácticas, se recogen aquellos principios que revisten interés para la realización de la tarea a que venimos refiriéndonos. Reconstruidos en múltiples casos los hechos criminales a base de confesiones, declaraciones y toda suerte de referencias y testimonios, se requieren conocimientos psicológicos para la inteligente apreciación de tan importantes elementos de la investigación criminalística. Dicha materia no coincide plenamente, aunque se relaciona de manera íntima, con el estudio de los factores psicológicos del delito (la **Psicología Criminal**, ya referida) de contenido más amplio y mucho más profundo, de distinta estructura y enfoque diferente. Si es indudable el carácter científico de la

Psicología, también lo será el de esta parte de la misma que en la **Criminalística** se incluye.

Y el tercer ingrediente se halla constituido por una serie de conocimientos tomados de diversos campos que se aplican a idéntica finalidad que los anteriores. La **Balística** (estudio de los proyectiles, su trayectoria, etc.), la **Dactiloscopia** (estudio de las huellas digitales), la **Planimetría** (utilizada para la representación gráfica del lugar donde se realizaron los hechos) y otros muchos elementos de análoga naturaleza son aplicados a investigar, como felizmente dice LOPEZ REY (23), el **quien, donde, cuando y como** del delito.

Ahora bien, este conjunto de conocimientos, al igual que los anteriores, ¿puede ser considerado como una ciencia?

La respuesta, a nuestro juicio, debe condicionarse.

Es evidente que la **Criminalística**, aunque integrada por un conjunto de elementos al parecer dispares, presenta un contenido perfectamente delimitado y se halla enfocada de manera precisa hacia realizaciones notoriamente concretas. Si la serie de verdades que abarca puede reducirse a un sistema orgánico y formular, en consecuencia, proposiciones que mantengan entre sí relaciones precisas, no cabe duda que nos encontramos en presencia de un sistema científico. Hemos de reconocer, sin embargo, que por el momento no se han logrado en tal sentido construcciones satisfactorias (24). En su virtud puede concluirse que si la **Criminalística** no es todavía una ciencia, existe la posibilidad de formarla y de que llegue a considerarse como tal de indudable manera.

Hay que distinguir de la **investigación criminalística** los problemas de **Derecho** que plantea la **forma jurídica** de practicar las pruebas y la **interpretación jurídica** de las mismas. (25).

Cuando en la investigación policiaca de los delitos se aplican los conocimientos técnicos a que se refiere la **Criminalística** se habla de la **Policía Científica**. En este aspecto se han creado Escuelas de Policía, laboratorios, equipos de funcionarios, etc., se han celebrado Congresos Internacionales (26), y existe una interesante institución que funciona con el nombre de **Comisión Internacional de Policía Criminal**.

### 5. La Política Criminal.

Entre las Ciencias Penales del deber ser figura, ocupando el primer puesto en la clasificación por nosotros adoptada, la **Política Criminal**.



La **Política**, en general, según JELLINEK, (27), es la ciencia práctica del Estado, ciencia aplicada que estudia como el Estado puede alcanzar determinados fines y considera los fenómenos de la vida del Estado desde el punto de vista teleológico, el cual viene a servir de referencia, de criterio, para juzgar los hechos y las relaciones. En cuanto a ciencia práctica, la Política es también un arte, ya que viene a constituir un conjunto de reglas a que debe ajustarse la actividad estatal en orden a la consecución de sus finalidades.

De este concepto general de la Política puede obtenerse el aplicable a la **Política Criminal**: Ciencia que estudia cómo el Estado puede luchar eficazmente contra la criminalidad y arte constituido por las reglas a que ha de ajustarse la actividad de aquél para lograr el expresado fin.

Aunque pueden señalarse antecedentes precisos de la **Política Criminal**, su configuración como ciencia autónoma es reciente. Fácilmente se comprende que el estudio de las medidas que han de ser adoptadas por el Poder Público en materia tan apasionante como es la delincuencia, implica, en todo caso, una intromisión en la tarea de aquél y una crítica, positiva o negativa, del sistema en vigor. De ahí que tales estudios no contasen con ambiente propicio en los regímenes absolutistas. No obstante, ya en el Siglo XVII encontramos autores que se permiten insinuar ciertas críticas (28), y en el XVIII se sientan interesantes principios en este orden, defendidos por diferentes escritores, a la cabeza de los cuales figura, más por su audacia que por su consistencia científica, el famoso Marqués de BECCARIA. (29).

La Revolución Francesa, al proclamar la libertad de expresión y consagrar la sumisión del Estado a los intereses particulares, abre las puertas con amplitud a esta clase de investigaciones. El término **Política Criminal** aparece en Alemania hacia el 1800 (30), aunque ya se había usado con anterioridad en Italia, por lo que se ha dicho que aquella ciencia, italiana por su origen, se hizo alemana por adopción, (31). Sufre el concepto una serie de vicisitudes, se refuerza con las aportaciones de las Ciencias Penales del ser, que surgen a partir de 1876 y se le dota, finalmente, de nueva configuración en las postrimerías del pasado Siglo y en el transcurso del actual.

Tanto interés han despertado los estudios de **Política Criminal** que una de las Escuelas Penales se designa con este nombre.

Se trata de la dirección doctrinal patrocinada por Von LISZT, quien define la **Política Criminal** como un conjunto sistemático de principios según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito. Considera que la **Política Criminal** ha de tomar como punto de partida las "causas del delito", examinar el problema de la "defensa social" en la lucha contra aquél, verificar la crítica y promover la reforma de las leyes penales, proporcionándoles un desarrollo técnico, variable según las circunstancias. Y llega a la conclusión de que la **Política Criminal** se propone la **continuación** de la legislación en el sentido de una lucha consciente contra el delito, en especial, pero no exclusivamente, por la pena y por medidas análogas. (32).

Algunos autores incluyen la **Política Criminal** dentro del **Derecho Penal**. (33). No falta quien, en opuesto sentido, utiliza la primera denominación para referirse a problemas que son privativos del segundo (34). Sin negar la respectiva sustantividad de ambas ciencias, los que siguen a KELSEN estiman que el fin pertenece a la primera y presentan al segundo desprovisto de tal elemento (35). Se adoptan, en suma, posiciones extremas y entre las que parecen moderadas llegan algunas, en última instancia, a parecidos extremismos.

Por nuestra parte sostenemos que a la **Política Criminal** corresponde lo que se refiere a la lucha contra el delito como tarea del Estado. Al **Derecho Penal** incumbe el estudio de los medios jurídicos fundamentales que se utilizan para lograr ese fin.

En cuanto a la crítica de las leyes penales, si afecta a la eficacia práctica de las mismas concierne, evidentemente, a la **Política Criminal**. Pero si alude a su esencia jurídica y a sus relaciones con el resto del ordenamiento, es privativa del **Derecho Penal**. Ambos se complementan y persiguen un mismo fin: la convivencia humana justa, pacífica y armónica (36).

De las concepciones aportadas por la **Política Criminal** se derivan realidades muy interesantes: desde centros educativos, medidas preventivas, sistemas de readaptación, conversión de penas, hasta instituciones como la sentencia indeterminada, condena condicional, etc., etc.

Los países americanos se adelantaron a los europeos en muchas aplicaciones prácticas de la **Política Criminal** (37).



## 6 La Penología.

Hemos incluido la **Penología** entre las Ciencias Penales del **deber ser**.

Expongamos su concepto.

La expresión **Penología** significa, etimológicamente, **tratado de la pena**. Se dice que LIEBER la usó por primera vez en 1834 (38). Tal denominación se considera más adecuada que la de **Ciencia Penitenciaria**, utilizada preferentemente por los franceses quienes, según HOWARD WINES (39), la tomaron de los cuáqueros. En efecto, resulta preferible la primera por ser más amplia y, a la par, más precisa que la segunda.

Abarca la **Penología** el estudio de la **pena** en su más amplio sentido, sus diversas clases, relaciones entre los diferentes tipos, así como las **formas de ejecución** y, de un modo especial, los variados **sistemas penitenciarios**. Incluye en su campo, además de las sanciones propiamente dichas, las llamadas **medidas de seguridad**, aplicadas con carácter preventivo, las encaminadas a la **readaptación de los delincuentes a la vida social**, las **instituciones post-carcelarias**, etc., etc.

En relación con la pena ocupa la **Penología** una posición semejante a la ocupada por la **Criminología** relativamente al delito. Sin embargo, aquella ciencia, a diferencia de esta, ostenta un carácter eminentemente **valorativo**, ya que no opera sobre fenómenos naturales —los hechos que, al ser valorados, llamamos delitos— sino directamente sobre un concepto **normativo** —la pena y otras instituciones— que surgen, precisamente, de la propia valoración. No obstante la diferencia de carácter conceptual, ambas ocupan posiciones paralelas respecto a los dos polos de un mismo eje —delito y pena— alrededor del que giran todas las Ciencias Penales.

De igual manera que la **Criminología**, al estudiar el delito y sus causas como fenómeno que es, sirve de punto de apoyo para el enfoque de la **Política Criminal**, así la **Penología**, al estudiar la pena y sus consecuencias como algo que **debe ser**, constituye el fundamento de otra actividad análoga: la **Política Penal**. Paralelamente a la primera, que tiende a luchar eficazmente contra el delito, aspira la segunda a la práctica eficaz de la pena. Aquella se realiza, entre otros medios, con la aplicación de las **leyes penales sustantivas y adjetivas**; esta se logra, entre otras medidas, con las llamadas **leyes de ejecución penal**.

Se ve, por lo expuesto, que cuenta la **Penología** con un

puesto merecido y lógico entre las Ciencias Penales, con material específico y con finalidad concreta.

Pero de igual suerte que junto a la Criminología y la Política Criminal subsiste el **Derecho Penal**, junto a la **Penología** y la Política Penal debe subsistir una parte de aquel que designamos con el nombre de **Derecho Penitenciario** y al que también se llama **Derecho de ejecución penal**. Si los problemas que se plantean con relación al delito son **jurídicos**, aunque exista la Criminología y la Política Criminal, su resolución corresponde al **Derecho**; si tales problemas surgen con referencia a la pena, aunque existan la **Penología** y la Política Penal, también corresponde al **Derecho** su estudio y resolución. Basta, por el momento, con esta salvedad para dejar deslindado el campo de la **Penología**.

La literatura sobre esta materia —aunque no se designan las obras, en su mayoría, con el título que hemos adoptado— es muy numerosa y se remonta a varias Centurias. Una figura de gran relieve, verdadero apóstol de la humanización penitenciaria, fué el inglés John HOWARD (40); la española Concepción ARENAL ocupó un puesto destacadísimo entre los cultivadores de tal especialidad (41). Estas investigaciones han despertado gran interés en todos los países y especialmente en América. Los Estados Unidos —que no figuran, precisamente, a la cabeza en otras Ciencias Penales y, singularmente, en **Derecho**— lo están sin duda por lo que a **Penología** se refiere; hemos citado ya, al principio de este epigrafe, a un ilustre escritor norteamericano: HOWARD WINES, casualmente homónimo del gran reformador inglés (42).

Se publican numerosas revistas consagradas a estos estudios (43) y se han celebrado varios Congresos Internacionales para tratar problemas de **Penología** (44).

### 7. El **Derecho Penal** como disciplina integrante de la **Enciclopedia de Ciencias Penales**.

Llegamos, por último, al lugar adecuado para exponer el concepto del **Derecho Penal** (45) —ciencia, como sabemos, del **deber ser**, **valorativa**, **normativa**, **finalista**— en el sistema de las Ciencias Penales.

Intencionadamente le hemos reservado el puesto final para presentarlo dentro del conjunto y proclamar las notas que lo caracterizan y diferencian. Algo hemos dicho, parangonándolo con otras disciplinas, y el conocimiento que de ellas tenemos nos suministra ya material suficiente para identificarlo por exclusión. Trate-



mos de complementar estas ideas, redondeando el concepto (46).

Dijimos que la Criminología estudia el fenómeno delincuencia desde el punto de vista **biológico y sociológico**. Y que la Política Criminal lo enfoca desde el punto de vista **político**. Pues bien, el **Derecho Penal** lo considera desde el punto de vista jurídico. Todas estas ciencias se complementan (47), porque operan sobre los mismos hechos, pero se distinguen porque adoptan frente a ellos diferentes posiciones. Su independencia respectiva es, por tanto, inquestionable.

No hay, pues, razón alguna para considerar que cualquiera de ellas pueda reivindicar para sí el contenido de las otras (48).

También la Criminalística y la Penología se refieren al delito y a la pena. Ya hemos señalado la necesidad de que se excluyan de las mismas los problemas jurídicos. De ahí que apartásemos de la primera lo relativo a la **forma jurídica** de practicar las pruebas y a su **interpretación jurídica**; y de la segunda el **Derecho Penitenciario** o de **ejecución penal**. Este criterio —que parece simplista, pero es contundente— basta, según creemos, para separar el **Derecho Penal** de las restantes Ciencias Penales.

A nuestro juicio la cuestión es clara y consideraríamos innecesario insistir sobre ello si frente a la posición adoptada no encontrásemos que se manifiesta frecuentemente la creencia contraria. Se registra la paradoja de que en Italia y Alemania, donde surgió el problema proyectado luego al resto del Mundo, puede considerarse definitivamente zanjado y algunos de quienes lo plantearon terminaron reconociendo su evidente error (49). Subsiste en otros lugares, sobre todo en este Continente (50) y de un modo especial en los países de habla castellana (51), al igual que en España (52). Tal es el motivo que justifica la insistencia.

Repítamos para confirmar nuestra tesis que los mismos hechos pueden servir de base a diferentes construcciones científicas. La razón fundamental del equívoco estriba en que la cuestión se ha referido exclusivamente al **Derecho Penal** y no se ha pensado que, para no pecar de ilógicos, habría que extenderla a todas las materias similares. Esta lucha por la pureza de aquel afecta, en general, a todo el Derecho. Veamos como por este camino la solución combatida conduce al absurdo.

Una referencia a otras disciplinas jurídicas demostrará, efectivamente, que lo ocurrido con el **Derecho Penal** sucedería de igual modo si los fenómenos que aquellas estudian fuesen conside-

rados desde otros puntos de vista. Sirvanos de ejemplo el **Derecho Mercantil**; lo mismo podría decirse tomando como base cualquier otra rama del Derecho.

No cabe duda que en la **actividad mercantil** (como en la **actividad criminal**) influyen factores de orden biológico y psicológico (53), así como de orden social y que, por otra parte, el Estado se halla interesado en que dicha actividad se desarrolle de la manera más adecuada a los fines del mismo. En otro sentido —y con ello anudamos otro interesante punto del problema— tal actividad se realiza mediante la voluntad del hombre, engendra deberes, impone responsabilidades y da, incluso, lugar a sanciones; tan ligada a ella como a la criminal se halla la cuestión filosófica del libre albedrío y el determinismo, de la responsabilidad moral, de las facultades del Poder Público para imponer sus dictados, sometiendo a ellos la libertad de los ciudadanos, etc., etc. Cabría, pues, construir una **Biología Mercantil**, una **Psicología mercantil**, una **Sociología mercantil**, una **Política Mercantil** y aludir en relación con tal actividad a extensas consideraciones filosóficas. A nadie se le ocurriría proclamar, sin embargo, que semejantes estudios aboliesen los que integran el **Derecho Mercantil**, ni trataría de mezclarlos con los que constituyen el objeto de este . . . Lo primero —extendido, consecuentemente, a todas las disciplinas jurídicas— sólo podría concebirse negando el Derecho en su más amplio sentido; lo segundo carecería en absoluto de explicación racional.

¿Que razón existe para que así se haga, limitándolo, con notoria inconsecuencia, al **Derecho Penal**? Creemos con CARNE-LUTTI (54) que el fenómeno se debe únicamente al lento proceso formativo de una ciencia penal jurídica o, dicho de otro modo, a la lenta depuración de los elementos **no jurídicos** en nuestra disciplina. La incipiente consistencia del **Derecho Penal** (55), añadimos por nuestra cuenta, dió lugar a que fuese frecuentemente invadido por otras disciplinas y a que los tratadistas en la materia acogiesen tales aportaciones para llenar sus obras que, en otro caso, resultarían vacías. De ello se derivó la **ocupación filosófica** de los primeros tiempos y la verdadera **invasión biológica y sociológica** que se produjo con posterioridad (56). Afortunadamente este problema se ha resuelto ya y los vacíos se van llenando con las novísimas doctrinas jurídico-penales amplias y fecundas.

El **Derecho** —concluyamos— extiende sus raíces hasta lo biológico, crece en el terreno de lo social, se halla moldeado por



lo política y se alza en la atmósfera de lo filosófico (57). Pero es un árbol dotado de singular estructura en el jardín de la Ciencia. Y una de sus ramas es el **Derecho Penal**, que no puede amputarse sin deteriorar el conjunto, ni hay razón para hacerlo, respetando a las otras. No es preciso tampoco que se le apliquen arbitrarios injertos. Mantiene relaciones, por ser **penal**, con las demás disciplinas penales. No obstante, por ser **Derecho** antes que **Penal**, porque lo primero es sustantivo y lo segundo adjetivo, su aspecto es similar a las restantes ciencias jurídicas y se encuentra ligado a ellas de un modo más estrecho que a los elementos circundantes, aunque algunos de ellos constituyan, en último término, el sustento de todas.

He aquí el concepto del **Derecho Penal** como disciplina integrante de la **Enciclopedia de Ciencias Penales**.

(1) Wilhelm DILTHEY, «Introducción a las Ciencias del Espíritu», México, 1944, pgs. 14 y sgtes.

(2) Carlos COSSIO, «La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad», Buenos Aires, 1944, pgs. 49 y sgtes.

(3) Constancio BERNALDO DE QUIROS, «Derecho Penal, parte general», México, 1949, pg. 11.

(4) Esta denominación aplicada al conjunto no resulta satisfactoria, por cuanto el término **pena** encierra en sí mismo una valoración y, por otra parte, algunas de aquellas ciencias prescinden de tal elemento que no pasa de ser una consecuencia jurídica del delito. Pero el mismo defecto puede señalarse al término **criminal**, aplicado sin vacilaciones en las construcciones de tipo biológico y en todas las que enfocan el problema desde el punto de vista natural, ya que la palabra **crimen** encierra de igual manera una concepción valorativa. Sin embargo, la dificultad de encontrar otras expresiones que puedan aplicarse conjuntamente a las disciplinas que forman la Enciclopedia (incluso la conveniencia de no emplear por su sonoridad peyorativa la frase **Ciencias Criminales**, que sería más amplia, aunque no del todo justa) y la consagración que el uso ha hecho de la que adoptamos, aconseja seguir utilizándola y comprender bajo el nombre de **Ciencias Penales** a todas las que se ocupan de los fenómenos aludidos, sin dejar de advertir que en muchas de ellas no se alude para nada al elemento **pena**.

(5) Guillermo Federico HEGEL, «Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas», Buenos Aires, 1944, pgs. 11 y sgtes.

(6) En un cuadro semejante, aunque sustancialmente distinto, JIMENEZ DE ASUA («La Ley y el Delito», Caracas, 1945, pg. 25), coloca dentro del Derecho penal sustantivo la **Filosofía**. A renglón seguido hace fi-

gurar la *Dogmática*, de lo que pudiera desprenderse que este concepto no incluye lo filosófico. En otro lugar, sin embargo (pg. 76), asegura que aquélla no prescinde de la Filosofía y que sus construcciones se hallan impregnadas de ésta. Nosotros defendemos la misma posición, aunque reducida a lo que consideramos sus verdadero términos, extrañándonos, por tanto, la inclusión de los dos elementos como si se tratase de conceptos esencialmente distintos, lo que puede dar lugar a confusiones.

---

(7) En el mismo sentido Franz EXNER, «*Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*», Barcelona, 1946, pg. 17.

Se trata de una obra interesantísima por lo madura y ecuánime. Abarca el estudio del criminal y del mundo circundante, rebasando así el ámbito de la biología para incluir problemas sociológicos. Viene a ser una verdadera centralización de las cuestiones que desde el punto de vista bio-sociológico plantea el delito, sin detrimento de las que corresponden a la ciencia jurídica que el autor, profesor de Munich, ha cultivado preferentemente.

---

(8) César LOMBROSO, «*L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*», Turín, 1897.

---

(9) Sobre esto, A. MENDES CORREA, «*A nova Antropologia Criminal*», Porto, 1931; B. DI TULLIO, «*Antropologia Criminale*», Nápoles, 1940.

---

(10) Es abundante la bibliografía contra la concepción lombrosiana, negando los caracteres somáticos del delincuente. Entre los más recientes estudios figura PATINI en «*Rivista di Diritto Penitenziario*», 1936, números 1-3; y en un amplio sentido J. ITURRIOZ, «*El hombre y su metafísica*», Oña, 1943.

---

(11) Véase Mariano RUIZ FUNES, «*Endocrinología y Criminalidad*», Madrid, 1929; JIMENEZ DE ASUA, «*Endocrinología y Derecho Penal*», Montevideo, 1927; el mismo, «*Libertad de amar y derecho a morir, ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia y endocrinología*», Madrid, 1929. DI TULLIO (obra citada) intenta una clasificación de tipos endocrinos, caracterizado cada uno por la tendencia a un delito especial. Sobre Endocrinología en general son muy interesantes los estudios de Gregorio MARAÑON.

---

(12) La tercera edición de la obra de KRETSCHMER «*Korperbau und Charakter*» se publicó en Berlín en 1922. Existen numerosas ediciones posteriores. Una condensación de esta doctrina ha sido realizada por SACRISTAN con el título de «*Figura y Carácter*», Madrid, 1926.

Como antecedente de estas teorías puede citarse la famosa obra del médico español del Siglo XVI Juan de Dios HUARTE, «*Examen de Ingenios*», primera edición Baeza, 1575, que alcanzó gran difusión y que fue, ciertamente, más conocida en el extranjero que en España.



No podemos silenciar que CERVANTES es también un precursor literario de tales teorías, relativas a la correspondencia entre la figura y el temperamento, hasta el punto de que sus dos personajes inmortales pueden considerarse como arquetipos de los dos grandes grupos en que, según ellas, se dividen los hombres: Sancho es el **pícnico** —fuerte, redondo—, de temperamento **cicloide** o **ciclotímico**, humorista y sensual con depresiones melancólicas, hombre todo superficie al que, como expresa KRETSCHMER, arrastra y moldea en sus vaivenes la vida exterior; Don Quijote es el **asténico** —enjuto, aguileño— de temperamento **esquizoide** o **esquizotímico**, rígido y frío a la par que irritable, hombre de estructura profunda a quien, según KRETSCHMER añade, lo rige su fuerte mundo interior y lo mantiene a salvo de las oscilaciones exteriores. El Príncipe de los Ingenios, presentando dos caracteres tan acusados dentro de tan acusadas figuras corporales, se adelantó en varios siglos, con genial precisión, a lo que hoy se consideran luminosas aportaciones científicas. Y hasta parecía conocerlas ya cuando, verbigracia, con tanta naturalidad afirmaba (capítulo II de la primera parte) aquello de «el ventero, hombre que por ser muy gordo era muy pacífico...». Digamos —para desagraviar a Don Quijote— que contrariamente a lo que podría desprenderse de lo anotado por CUELLO CALON («Derecho Penal», Barcelona, 1945, tomo I, pg. 22, nota 15) el tipo **asténico**, de temperamento **esquizotímico**, no se considera propiamente egoísta y característico de los criminales incorregibles. Admitiendo la existencia de tales delincuentes se hallarían también, más frecuentemente quizá, entre los **pícnicos**, de temperamento **ciclotímico**, sobre todo por lo que se refiere a los delitos de sangre. Lo que ocurre es que ambos temperamentos, casi siempre mezclados y susceptibles de variadísimas combinaciones, se dan, como en todos los hombres, entre los criminales e influyen, más que en el delito cometido, en la forma de realizarlo.

Es de notar —y ello es muy interesante para nosotros— que las doctrinas comentadas fueron construídas a base de observaciones realizadas en Europa y pueden extenderse a los habitantes de las regiones templadas. Pero, incluso en aquellos puntos de general aceptación, sufren variaciones realmente asombrosas en las zonas tropicales de América. En éstas se encuentra —con tal abundancia que puede considerarse norma general— un tipo marcadamente **pícnico** con notas temperamentales —muy acusadas que se reputan privativas del **asténico**. Sobre todo por lo que se refiere a una profunda vida interior, pero sin las aristas psicológicas que son peculiares del segundo. De ahí que pudiera surgir la estimación de dos grupos opuestos de **pícnicos**: el presentado como característico, que nosotros hemos llamado **convexo** (extravertido, expansivo, vuelto hacia fuera); y su reverso, al que denominamos **cóncavo** (intravertido, reflexivo, vuelto sobre sí mismo, aunque flexible y de gran susceptibilidad a las influencias exteriores). Ambos se distinguen psicológicamente del **asténico** —que aquí, a diferencia de las zonas templadas, es, frecuentemente, expansivo— en que éste presenta un temperamento que, según nuestra terminología, habría que llamar **poliédrico** (por las aristas inflexibles que en él se advierten, determinantes de su dureza peculiar), ya que uno y otro carecen de esta última condición y son, por tanto, geoméricamente parangonados, cuerpos **esferoides**. La oposición

entre aquellos dos grupos de pícnicos en el trópico no radica, pues, en la forma sino en la proyección de sus energías temperamentales. Pero este fenómeno —así como la observación formulada respecto al asténico tropical— constituye en todo caso una interesante particularidad que, aun cuando no contradiga su esencia, aporta nuevos y sugestivos matices a las teorías que analizamos.

Algo parecido a lo que ocurre con los estudios de KRETSCHMER sucede con los de FREUD, en los escasos particulares que se reputan evidentes, formulados también con especial referencia al hombre europeo. En los trópicos americanos se observan fenómenos, que desde el punto de vista psicoanalítico, revelan matices insospechados, pudiendo pensarse, incluso, en determinados factores de naturaleza racial y de ancestrales y profundas raíces.

No perdemos la esperanza de que las circunstancias nos permitan algún día abordar el tema, juntamente con el anterior, ya que se hallan ambos íntimamente ligados, con la extensión e interés que sin duda merecen.

---

(13) Augusto COMTE, fundador de la dirección filosófica llamada **positivismo**, usando por primera vez este nombre, así como la expresión **Sociología**, en su obra fundamental «Cours de Philosophie positive», París, 1830-42, 6 vols. (la Sociología se contiene en los vols. IV al VI), consideró impropio toda separación entre las ciencias que tienen por objeto las sociedades humanas. Sostuvo que la **Sociología** debía comprender todos los aspectos de éstas: **Moral, Derecho, Economía**, etc. Esta posición es inaceptable porque, además de otras razones de más trascendencia, no debe ser el objeto en sí lo que determine la ciencia, sino el punto de vista que se tome para su estudio. Tal doctrina, que presenta a la sociedad como una especie de organismo natural, prescinde de la Metafísica y se apoya tan sólo en la experiencia, es el resultado de un sentido materialista que trataba de fundamentarlo todo partiendo de la matemática. Y llegó a creerse que a base de estas concepciones iban a ser resueltos de manera satisfactoria los problemas sociales. Según DILTHEY (obra citada, pg. 106), con Herbert SPENCER y sus representaciones más concretas comienzan a disiparse las fantasías que había inspirado la fogosa juventud de aquellas teorías.

---

(14) Enrique FERRI, «Sociologia Criminale», Turín, 1929.

---

(15) Vincenzo MANZINI, «Tratado de Derecho Penal», Buenos Aires, 1948, tomo I, pg. 23.

---

(16) Rafael GAROFALO, «Criminología», Turín, 1891.

---

(17) Hace ciento cuarenta años que se publican regularmente en Europa, señalándose como primeramente confeccionadas las de Baviera en 1803, las francesas del mismo año y las de Inglaterra en 1805; sin embargo, aunque no con la precisión moderna, ya se formaron en España estadísticas criminales en virtud de disposiciones dictadas al efecto por Felipe II en 1578 y por Felipe V en 1729 (Quintiliano SALDAÑA, «La estadística criminal



en España y en las principales naciones de Europa», Madrid, 1912). Se consideran como más perfectas las de Suiza, Austria, Bélgica y Holanda. Los Estados Unidos también se preocupan de ello y el Profesor de la Universidad de Kansas City, Hans von HENTIG («Criminología, causas y condiciones del delito», Buenos Aires, 1948), dedica preferente atención a la parte estadística, con numerosos cuadros relativos a los años 1940 y 1941. Se habla desde hace tiempo (y así se ha planteado en varios Congresos) de crear una estadística penal internacional, cosa que tropieza con notorias dificultades.

(18) Hans GROSS, «Handbuch für Untersuchungsrichter als system der Kriminalistik». Se han publicado varias ediciones, entre ellas la de SEELING en Berlín-Munich, 1942. Existen traducciones al francés e italiano; en España se ha traducido con el título «El Manual del Juez». La revista alemana «Archiv für Kriminal Anthropologie und Kriminalistik» ha dado gran impulso a estos estudios.

(19) Así COSPI, en Italia, «Il giudice criminalista», Florencia, 1643.

(20) Luis JIMENEZ DE ASUA, «La Ley y el Delito», pg. 26.

(21) En este sentido MANZINI, obra y tomo citados, pg. 66, alude a la «llamada criminalística» con una serie de diversos conocimientos prácticos que van desde la Historia al folklore, desde la antropología a la mecánica, desde la química a la agrimensura, de la psicología a la balística. Lo mismo CUELLO CALON, obra citada, pg. 36.

(22) El Cuerpo de Médicos Forenses, adscrito a la Administración de Justicia, se halla organizado en casi todos los países y su intervención es preceptiva en los delitos de sangre, pudiendo requerirse también sus servicios para todos aquellos casos en que su dictamen se considere necesario.

(23) Manuel LOPEZ REY Y ARROJO, «¿Qué es el delito?», Buenos Aires, 1947, pg. 227.

(24) Ha señalado sus bases LOPEZ REY en «Criminalística, ensayo de sistematización», separado de «Revista de Policía Científica y de Criminología», Santiago de Chile, 1942.

(25) La investigación criminalística se limita a reunir los elementos que puedan servir para presentar los hechos que se reputan delictivos, sin formular juicios de valoración. Por eso catalogamos aquella disciplina como ciencia del ser. La estimación definitiva de cuáles fueron y cómo se produjeron tales hechos, valorando las pruebas aportadas, forma ya parte del juicio penal. Si esta misión incumbe a los Jueces de Derecho —cuando no se atribuye al Jurado— dicha estimación ha de ser ajustada a normas jurídicas.

Así considerado el problema de la interpretación de las pruebas no pertenece a la Criminalística sino al Derecho. Y ha de incluirse en el Dere-

cho Penal sustantivo, no en el procesal, aunque resulte interferido por éste.

Sobre el tema tan interesante y sugestivo de la interpretación de las pruebas en Derecho Penal puede verse: Pietro ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, 1944; y C. J. A. MITTERMAIER, *«Tratado de la prueba en materia criminal»*, Madrid, 1929.

Esta referencia nos permite comprender lo próxima que se halla la **Criminalística al Derecho Penal**, la necesidad de no confundir lo que es privativo de cada uno y la conveniencia, por tanto, de conocer la primera. De ahí que nos parezca extraño que en muchas Facultades de Derecho se incluya como asignatura obligatoria la **Medicina Legal**, referida casi exclusivamente a problemas penales. No hay razón, pensamos nosotros, para preferir tales estudios a los que, procedentes de otros campos, cumplen la misma finalidad. Máxime teniendo en cuenta que para resolver problemas de **Medicina**, en sus relaciones con el **Derecho**, se cuenta con los profesionales de aquella ciencia, cuya formación universitaria ofrece serias garantías. No ocurre lo mismo con otras cuestiones técnicas que en la misma o mayor medida se plantean en la administración de justicia y para cuya solución el profesional de ésta ha de subsanar las deficiencias del peritaje. Y a él corresponde únicamente resolver todo lo relativo a problemas psicológicos, de capital importancia en la apreciación de los hechos, cuyo estudio no se aborda en ningún instante. Por eso consideramos recomendable que en lugar de limitarse a la **Medicina Legal** las cuestiones relativas a la investigación de los hechos delictivos, se generalicen a las restantes, esto es, a todas las que integran el campo de la **Criminalística**.

---

(26) El último se celebró en Budapest en 1938 y se había convocado otro para Berlín en septiembre de 1939, que no llegó a celebrarse a causa de la guerra.

---

(27) G. JELLINEK, *«Teoría General del Estado»*, Buenos Aires, 1943, pgs. 13 y stes.

---

(28) Así Almontis CIAZZI, *«Disceptationes seu conclusiones forenses criminales ad reorum defensam»*, Macerata, 1644; Sebastián GUAZZINI, *«Opera criminalia»*, Antuerpia, 1682.

---

(29) César BECCARIA BONESANA, Marqués de BECCARIA, *«Dei delitti e delle pene»*, Nápoles, 1764. La personalidad de BECCARIA se ha discutido mucho. Su mérito radica, fundamentalmente, en la valentía que demostró al exponer sus ideas, aunque amparado en el anónimo, en circunstancias muy oportunas. Un juicio de gran interés histórico sobre su obra se halla resumido en muy pocas palabras por la *«Gazette litteraire»* de 1º de octubre de 1765, a poco de aparecer aquella: *«Un signo de estimación debido a un ciudadano que osa alzar su voz en favor de la humanidad, contra los prejuicios más radicales»*. BECCARIA no volvió a destacarse como escritor en ningún aspecto y terminó su vida dedicado a funciones burocráticas.



- 
- (30) Eugenio CUELLO CALON, obra y tomo cit., pg. 33, nota 38.
- 
- (31) Adiciones de Quintiliano SALDANA a la obra de Franz von LISZT «Tratado de Derecho Penal», Madrid, 1927, tomo II, pg. 44.
- 
- (32) Obra y tomo acabados de citar, pg. 60.
- 
- (33) En este sentido Roberto von HIPPEL, «Deutsches Strafrecht», Berlin, 1927-30, vol. I («Allgemeine Grundlagen»), pg. 534.
- 
- (34) Juan DEL ROSAL, «Política Criminal», Barcelona, 1944.
- 
- (35) Luis JIMENEZ DE ASUA, obra últimamente citada, pg. 18.
- 
- (36) Sobre si el fin pertenece a la **Política Criminal** únicamente o corresponde también al **Derecho Penal** se ha discutido mucho. Véase al respecto la citada obra de von LISZT con adiciones de SALDANA, tomo II, pgs. 65 y stes. Nosotros consideramos que puede distinguirse un fin político y un fin jurídico, aunque ambos convergen en la expresada **finalidad** ulterior.
- 
- (37) Un estudio sobre el particular se debe a B. FREUDENTHAL, «Amerikanische Kriminalpolitik», Berlín, 1907.
- 
- (38) Según HOWARD WINES, «Prison and Criminal Law» en «Correction and Prevention», vol. I, Nueva York, 1910.
- 
- (39) «Punishment and reformation», Nueva York, 1919.
- 
- (40) Hemos encontrado una traducción francesa de su famosa obra con el título «Etat des prisons, des hopitaux et des maisons de force», París, 1788.
- 
- (41) Entre sus obras figuran «Cartas a los delincuentes», «Manual del visitador del preso» y otras. Se han publicado muchas ediciones. La Casa Victoriano Suárez de Madrid las ha editado con el título «Obras Completas».
- 
- (42) Elmer BERMES, «The historical origin of the prison system in America» en «Journal of Criminal Law and Criminology», 1921, pgs. 35 y stes.; HOWARD WINES, obra últimamente citada, pgs. 142 y stes.; José Rafael MENDOZA, «Curso de Derecho Penal Venezolano», Caracas, 1945, tomo I, pgs. 527 y stes.
- 
- (43) Debe citarse por su ilustre abolengo «The Howard Journal» de Londres, título dedicado a la memoria del mencionado apóstol de la humanización penitenciaria.

---

(44) El último tuvo lugar en Berlín en 1935; se suspendió por motivo de la guerra el que había de celebrarse en Roma en 1940.

---

(45) En la actualidad casi todos los autores aceptan la denominación **Derecho Penal**. Ha sido muy utilizada la expresión **Derecho Criminal**. Se han propuesto las de **Derecho represivo**, **Derecho sancionador** y otras más o menos extravagantes.

---

(46) Nos referimos al Derecho Penal considerado como una de las Ciencias Penales. Lo distinguimos como ciencia del **deber ser**, **valorativa**, **normativa** y **finalista**. Vemos su posición frente a las ciencias del **ser** y señalamos entre las del **deber ser** su **última diferencia**: el carácter **jurídico**. La determinación concreta de su contenido y colocación en el sistema general del Derecho —**público** o **privado**, **constitutivo** o solamente **sancionador**, etc., etc.— no es objeto del presente estudio.

---

(47) El hecho de que las Ciencias Penales se complementen de manera recíproca no significa, en oposición a lo afirmado por CUELLO CALON (obra y tomo citados, pg. 16) que constituyan un conjunto sistemático. Ya sabemos que no existe un sistema científico que abarque la totalidad. Ni tampoco que el jurista dedicado a lo criminal haya de ser un verdadero especialista en todas ellas, como sostiene el mismo autor (pg. 17) y JIMENEZ DE ASUA («El Criminalista», Buenos Aires, 1943, tomo III, pgs. 113 y stes.) cosa incomprensible, por definición, ya que aquellas ciencias abarcan distintas especialidades. En lo que afecta particularmente a las de carácter biológico, el jurista carecerá siempre no tan sólo de las bases culturales necesarias para conocerlas a fondo, sino de algo todavía más importante: la adecuada proyección intelectual respecto a ellas, so pena de no ser tal jurista. Tanto los Jueces como los Abogados deberán requerir el auxilio de los especialistas verdaderos. Nada tan pernicioso como el diletantismo en estos casos. Conviene, eso sí, que conozcan dichas ciencias, pero sin hacer de ello una auténtica especialidad. Y sin restar energías al estudio general del Derecho que siempre, siempre, guarda más estrecha relación que aquellas materias con la administración de justicia en lo penal y les será, por ende, más útil, tanto por la cantidad de conocimientos que adquieran, como por la configuración adecuada de su personalidad científica.

---

(48) Cuando escuchamos que llegará una época en que la **Criminología** «se trague» al **Derecho Penal** (autor, obra y tomo citados últimamente en la nota anterior, pg. 115) nos parece oír algo tan extraño como si se dijese que la **Filología** «se tragará» a la **Literatura** o que la **Música** «será devorada» por la **Acústica**.

---

(49) Por lo que se refiere a Italia, el propio FERRI —que sostuvo acaloradamente la reducción del Derecho Penal a un capítulo de la Sociología Criminal— vino a reconocer más tarde la sustantividad de aquél titulado así una de sus obras («Principios de Derecho Criminal. Delincuente



y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia», Madrid, 1933).

Un destacado positivista italiano —GRISPIGNI— así lo afirma contundentemente al manifestar que la dogmática jurídica, como doctrina normativa, ha de ser diferenciada de las otras disciplinas criminalísticas, de carácter práctico como la Política Criminal, o causal-explicativo como la Antropología y la Sociología Criminal (Filippo GRISPIGNI), «Revisione critica del concetto di Sociologia Criminale» separado de «Scuola Positiva», 1925). Tanto es así que a esta nueva forma del positivismo penal se le da por algunos el nombre de **Escuela Jurídica** (Juan P. RAMOS, Curso de Derecho Penal, Buenos Aires, 1942, tomo I, pg. 107), denominación que nosotros rechazamos, reservándola para otra posición doctrinal que le corresponde con mayor derecho.

En Alemania se planteó el problema con referencia, sobre todo, a la Política Criminal. LISZT tomó de IHERING («Der Zweck im Recht», Gotinga, 1877) la idea de que el Derecho es por su naturaleza la protección de los intereses y que el fin le da su fuerza generadora, concibiendo así la pena **finalista**. Sin que aquel autor lo reconociese expresamente, sus doctrinas sirvieron de base para considerar que realizándose dicho fin, en amplio sentido, por la Política Criminal, ésta absorbe al Derecho Penal. Bien pronto, sin embargo, se reivindicó para el segundo una posición independiente respecto a la primera (Ricardo SCHMIDT, «Den Gang des kriminalpolitischen Streit» en «Kritische Beitrage», XV, Leipzig, Meiner, 1912, pgs. 118 y stes.) Entre los penalistas alemanes modernos nadie pone en duda la sustantividad del Derecho Penal y sus construcciones aparecen dotadas de admirable pureza.

(50) En Norteamérica consideran que la Criminología abarca la totalidad de las Ciencias Penales, incluso el Derecho Penal, entre otros autores, GAULT («Criminology», Nueva York, 1932); y SOUTHERLAND («Principles of Criminology», Chicago, 1941), incurriendo, por tanto, en lo que consideramos perniciosa confusión y evidente inexactitud.

(51) En Venezuela es frecuente el error, aunque menos extendido que en otros países. José Rafael MENDOZA, sin embargo, (obra y tomo citados, pg. 4) inserta una definición admirablemente pura del Derecho Penal y aunque en algunos pasajes (sobre todo en las pgs. 35 y stes.) se advierten expresiones que pudieran contradecirlo, mantiénese dicha pureza a través de toda la obra. En Colombia adoptan muchos penalistas posiciones que reputamos falsas; no obstante, en un reciente libro de Angel MARTIN VASQUEZ ABAD («Tratado de Derecho Penal Colombiano», Bogotá, 1949) se circunscribe el autor a los problemas jurídicos, pese a la configuración del Código de tendencia positivista y muy propicio por ello a las mixtificaciones; y Gustavo RENDON («Derecho Penal Especial» en «Estudios de Derecho», Medellín, 1948-49) realiza una admirable construcción dogmática de escrupulosa pureza jurídica. Así ocurre en todos los países americanos de habla castellana: junto al error surgen autores que van acla-

rándolo. La República Argentina es cuna de juristas preclaros y se advierte la influencia italiana con acusados bríos; no obstante, quedamos sorprendidos ante la posición del insigne penalista Juan P. RAMOS quien, después de proclamar la autonomía del Derecho Penal (obra y tomo citados, pg. 26) formula y desarrolla una definición del mismo (pg. 110 y stes.) de tan amplios caracteres —incluyendo en su ámbito hasta la Sociología Criminal— que constituye una expresa contraducción de aquel concepto.

---

(52) Los autores españoles —salvo excepciones contadísimas— se hallan exentos de tal mixtificación. Pero —al igual que en América— el error es frecuentísimo entre los profesionales del Derecho.

---

(53) Las teorías de KRETSCHMER, que se aplican al orden penal, pueden ser referidas a otros, por ejemplo, al político. Nada tendría de particular que sus estudios sobre el caudillaje (obra citada, especialmente el capítulo titulado «Die Führer und Herden» —conductores y héroes—) se utilizasen para resolver con razonamientos biológicos, que acaso pudieran remontarse a PLATON, el tan debatido problema del poder.

---

(54) Francesco CARNELUTTI, «Teoría General del Delito», Madrid, 1941, pgs. 15-16, nota 3.

---

(55) Hay que buscar las raíces históricas de esta deficiencia en la escasa atención que los romanos dedicaron al Derecho Penal en comparación con el privado. El depurado sentido jurídico de este pueblo fue quizá la causa de que, acostumbrados a la fina tarea de moldear las relaciones civiles, no parasen mientes en lo penal, demasiado burdo para sus delicados cinceles. Ya CARRARA encontró este vacío y se lamentó de que los romanos hubiesen sido «gigantes en Derecho Civil y pigmeos en Derecho Penal». Diremos, pues, que fueron penalistas deficientes por ser juristas insuperables. Pero nos dejaron una pauta precisa. Al tratar de cubrir aquel vacío debemos seguirla y de ahí que propongamos insistentemente la necesidad de aplicar al Derecho Penal la técnica ricamente elaborada del Derecho Civil.

---

(56) Se explica la presencia de elementos extrajurídicos por dicha falta de material. Pero una vez que se cuenta con él deben proscribirse los primeros paradar cabida al segundo. Mantener aquellos, en perjuicio de éste, es inadmisibile. Y máxime cuando sabemos que en muchos casos se exponen, no en sentido práctico, sino como un alarde de erudición y a manera de adorno. Recordamos a este respecto una frase de Alberto CASAL, joven e insigne pensador español, quien al oírnos combatir la creencia de que aquellos elementos constituyen el nudo de nuestra especialidad, añadió humorísticamente: «constituyen, más bien, el nudo de su corbata».

---

(57) Sobre la misión, esencia, infraestructura y superestructura social del Derecho y otros extremos de gran interés, puede verse Wilhelm



SAUER «Filosofía Jurídica y Social», con adiciones de Luis LEGAZ LA-CAMBRA, Barcelona, 1933, pgs. 206 y stes. y, en general, toda la obra.

Caracas, marzo de 1950.

**NICANOR SAMUEL DEL PARDO GONZALEZ**

---

2

*El Delito  
de Falsificación  
Documentaria*



POR EL DR.  
JOSE IRURETA GOYENA



OCTAVA CONFERENCIA

# EL DELITO DE FALSIFICACION DOCUMENTARIA

(Continuación)

## SUMARIO

Examen del artículo 246 del Código Penal. - Alteración formal de la verdad. - Examen del artículo 247. - Estudio de tres situaciones jurídicas: a). El que use el documento, es su propio falsificador; b). Es un coautor de la falsificación; c). Interviene con posterioridad a la falsificación, sea usando el documento, «a sabiendas», o aprovechando de él. Hipótesis a). Se responde penalmente según el carácter y la gravedad del delito, pues el uso no agrega nada a la infracción. Hipótesis b). Idéntica solución. Hipótesis c). Es la prevista en el art. 247 que se examina. - El delito de falsificación no es susceptible de forma culpable. - Concepto vago del aprovechamiento sin uso un caso posible. - El uso o aprovechamiento debe ser voluntario, y a sabiendas de la falsedad del documento. - Seis hipótesis del uso o aprovechamiento de un documento público falso. - Tratándose de copias, no debe perderse de vista que es preciso que, por su naturaleza o por cualquier circunstancia, éstas posean o hayan adquirido fuerza probatoria. - Atenuación de este delito: Su alcance. - Examen del art. 248. - Alcance económico-jurídico de la cancelación, ocultación o supresión de un documento. - Las voces «Ocultar o destruir» deberían ser sustituidas por «Suprimir», que alcanza a la retención indebida y otros actos que ni entrañan ocultación ni destrucción.

---

Voy a tratar de terminar hoy con el delito que me ha ocupado todas las lecciones anteriores.

El art. 246 dice así: «Cuando el culpable cometiere alguno de los de-

litos indicados en los artículos precedentes, para proporcionarse o proporcionar a otro un medio probatorio de hecho verdadero será castigado con veintiuno a veintiocho meses de prisión, si se tratase de un documento público, y de doce a quince meses de prisión tratándose de un documento privado».

El criterio del legislador castigando hechos que tienen por objeto establecer la verdad, me parece juicioso. Se quebranta en este caso la fe que se debe a los documentos como factores de prueba, sin lo cual no se concibe la vida social, especialmente bajo un aspecto económico. El artículo está redactado con una gran claridad, razón por la cual huelgan comentarios. Con el objeto, sin embargo, de establecer más su sentido, voy a ponerles dos casos que son los que ocurren más frecuentemente en la práctica y que entran en la esfera de esta disposición: Un sujeto ha pagado el alquiler de la casa que ocupa o los intereses de un pagaré del cual es deudor y no ha obtenido el recibo. Temeroso de que el acreedor o el dueño de la casa se aproveche de esa circunstancia para exigirle nuevo pago, falsifica un recibo de alquiler, o del pago de los intereses.

Otro caso: Un sujeto es acreedor de una cantidad de dinero superior a quinientos pesos. Tiene noticias de que el deudor ha manifestado hallarse libre de tal obligación; con el objeto de compelerlo al pago falsifica un pagaré. ¿Y dónde se halla en estos casos la alteración de la verdad?, se preguntarán tal vez ustedes. La alteración de la verdad, elemento cardinal de la falsificación, puede ser real o formal, y en este caso es formal. El sujeto ha creado un documento que no existía y para eso ha debido desnaturalizar la verdad.

Los juristas entienden que no desvanece la responsabilidad la circunstancia de que la obligación no pueda obligar legalmente por otros medios. Entienden, igualmente, que subsiste la responsabilidad en la hipótesis de que el autor de la falsificación cubriera los efectos materiales de su abuso con un nuevo documento, extintivo de la obligación consignada en el primero; ambas soluciones parecen razonables: la primera, porque en la disposición se intenta reprimir al que quebranta la fe que se debe a los documentos y no al que pretende cobrar lo que no se le debe; y la segunda, porque el otorgamiento del nuevo documento importa reparar el daño después de cometido el delito.

El artículo siguiente, 247, está redactado de esta manera: «El que sin haber tomado parte en la falsificación de un documento, a sabiendas hiciere uso de él o lo aprovechar, será castigado.

1º - Con penitenciaría de 2 a 4 años, tratándose de documentos públicos.

2º - Con prisión de 18 a 21 meses, si se tratase de documentos privados».

Dice el artículo: 1. - «El que —de esto se desprende que pueda ser sujeto activo de este delito, tanto un particular como un funcionario público— sin haber tomado parte en la falsificación de un documento».

El que usa o se aprovecha de un documento puede encontrarse desde el punto de vista jurídico en tres situaciones diferentes, que son las siguientes: primero, haber sido el falsificador del documento; segundo, haber



colaborado como coautor en la falsificación; tercero, haber intervenido con posterioridad a la falsificación del documento para aprovecharse del mismo. En el primer caso el hecho se castiga, según la gravedad de la falsificación cometida, sin que el uso agregue nada absolutamente al delito. En el segundo, el que hace uso del documento es coautor de la falsificación cometida, y el empleo del documento tampoco agrega nada a su responsabilidad. En el tercero, corresponde aplicarse la pena establecida en el artículo 247 objeto del presente comentario.

La ley agrega: «a sabiendas». Tiene que tratarse, por consiguiente, de un uso o aprovechamiento malicioso. El uso o el aprovechamiento que tuviera su origen en el desconocimiento de la calidad del documento presentado, no constituye delito: La falsificación es un delito esencialmente doloso, según lo he repetido muchas veces desde esta cátedra. En la hipótesis aludida, puede comprobarse una imprudencia, una imprevisión, etc., en el que hace uso del documento, pero como la culpa es incompatible con la falsificación, no puede admitirse legalmente la existencia de este delito.

«Hiciere uso de él». Al comentar el artículo anterior expuse sintéticamente lo que se entiende por uso. Me refiero, por tanto, a lo manifestado en esa oportunidad omitiendo nuevos comentarios.

«O lo aprovecharé». Se puede aprovechar un documento sin hacer uso de él. El caso es muy poco frecuente, y diré, hasta de muy difícil ocurrencia. Sin embargo, como puede suceder, el legislador lo prevé y lo asimila, en mi concepto juiciosamente, al uso, del punto de vista de la penalidad.

Cuándo hay aprovechamiento? Manzini dice que es el acto de negociar el documento como tal, prescindiendo de su valor histórico, artístico, político, etc., que puede ser objeto de un determinado lucro.

La negociación de un documento, como tal, vale decir, como prueba de un hecho que atañe al orden jurídico, importa siempre uso, el endoso constituye uso, la cesión es uso, la entrega en garantía representa uso. Agrega el eximio maestro, que importa también aprovechamiento sin uso el valerse de las manifestaciones que encierra un documento. Yo encuentro esto un poco oscuro, o mejor dicho, impreciso, con perdón sea dicho, del maestro. A mi juicio existe aprovechamiento sin uso en el siguiente caso, que es el único que se me ocurre y al que sospecho haya podido referirse Manzini. A un proceso se incorpora un documento como prueba de una de las partes o por decreto de juez para mejor ilustrarse sobre la naturaleza de la contienda. Uno de los contendores, el que no ha intervenido para nada en la agregación de ese documento a los autos, se persuade de que ese documento es falso; pero como después de un análisis minucioso del mismo resulta que beneficia su derecho, lo utiliza en el alegato.

El uso o el aprovechamiento, para caer bajo las sanciones que establece este artículo, es necesario que sean voluntarios. Si la aparición del documento se debe, por ejemplo, a una requisita hecha por autoridad pública, no existiría el uso; más aún: la persistencia del sujeto en declarar auténtico el documento, que ha ido contra su voluntad a manos de la justicia, tampoco constituye, según algunos penalistas, jurídicamente, uso ni aprovechamiento.

El inciso 1º castiga el uso o el aprovechamiento doloso de un documento público falso con pena de penitenciaría de dos a cuatro años.

Se trata de uso o aprovechamiento doloso del documento público en seis casos:

Primero.—Cuando el documento ha sido hecho total o parcialmente por un funcionario público, por un escribano en el ejercicio de sus funciones, y cuando el funcionario público o el escribano en las mismas condiciones, hubiese alterado el documento auténtico. Tales hipótesis se hallan en el artículo 240 del Código Penal.

Segundo.—Cuando se trata de un documento en que el funcionario público o escribano, procediendo en el ejercicio de su cargo u oficio, consigna como verdaderos y pasados en presencia suya hechos o declaraciones falsas. Es el caso previsto en el artículo 241.

Tercero.—Cuando un particular atestigua falsamente en un documento autorizado por un funcionario público su identidad o su estado, o la identidad o estado de otra persona y otra circunstancia de hecho falso. Esta es la falsedad prevista en el artículo 244.

Cuarto.—Cuando un particular comete una falsificación en documento público, original, o en la copia de un documento privado, que son los dos casos previstos en el artículo 243.

Quinto.—Cuando se tratare de la copia de un documento existente, expedida por un funcionario público o escribano (artículo 252), y,

Sexto.—Cuando se tratare de un documento público adulterado por un particular (artículo 243).

El inciso segundo agrega: «Con prisión de diez y ocho a veintidós meses, si se tratara de copias o de documentos privados». No ofrece dificultad ninguna el saber cuándo un documento es privado, y por consiguiente resulta clara la interpretación de este inciso relativamente a ese punto. No ocurre lo mismo con la inteligencia o el alcance que debe dársele al vocablo COPIA. El legislador asimila, del punto de vista de la penalidad, del punto de vista del uso y del aprovechamiento doloso de un documento, la COPIA al documento privado.

Muy bien: pero de qué copias se trata? Las copias pueden ser en documento privado de un documento privado, en documento privado de un documento público, en documento público de un documento privado, en documento público de un documento público. Yo entiendo que el legislador se refiere al tercero y cuarto de los casos que acabo de mencionar; es decir, a la copia en documento público de un documento privado o público. No puede referirse a la copia en documento privado de documento privado, porque carece de valor probatorio; no debe referirse a la copia en documento privado de un documento público, porque adolece del mismo defecto. Piensen para acompañarme en la admisión de esta tesis que existe una relación muy estrecha entre el régimen de la prueba y la falsificación documentaria.

El párrafo final de este artículo establece una atenuante para los casos en que el uso o aprovechamiento malicioso de un documento falso tuviera por objeto probar un hecho verdadero. Entiendo que sobre esta materia el legislador ha incurrido en una verdadera omisión; en efecto, el ar-



título sólo extiende la atenuante a dos casos que son: el uso de un documento privado y no dice nada del empleo de las copias.

Cómo debe subsanarse esta omisión? Yo creo que el uso de las copias debe asimilarse desde el punto de vista de la atenuación al uso del documento privado. Me fundo para ello, primero, en que a los efectos de privados; segundo, en que si no se interpreta de esta manera la disposición, construir el delito, el legislador ha identificado las copias y los documentos el uso de una copia para probar un hecho verdadero, tendría que castigarse como delito, sin el beneficio de ninguna circunstancia atenuante, lo cual sería contrario al espíritu mismo de la disposición. El legislador ha querido, en efecto, que la falsificación de documentos cuando tenga por objeto probar hechos verdaderos se castigue más levemente. Si eso ocurre con el uso de documentos originales falsificados, cómo no ha de admitirse lo mismo con el empleo de simples copias? A las razones expuestas podría agregar que esa interpretación no se opone a ningún principio de hermenéutica penal, pues si bien la interpretación analógica no es de recibo cuando da por resultado admitir un delito o agravar su penalidad, sucede lo contrario cuando determina una atenuación en la responsabilidad o en el castigo.

Este delito se consuma por el uso o por el simple aprovechamiento. Me parece que no tiene tentativa, por más que algunos autores opinen en sentido contrario. Me baso para sostener esta conclusión en que las gestiones relativas al uso del documento no constituyen un uso del mismo y, por consiguiente, o el delito se halla en la faz preparatoria, o el delito está completo. No es una infracción en itinere. No existe espacio intermedio entre lo que constituye actos preparatorios y actos consumativos; se pasa de los primeros a los últimos sin transición.

El Art. 248 dice lo siguiente: «El que ocultare, o destruyere, en todo o en parte, con perjuicio posible de tercero, un documento original o su copia fehaciente a falta del mismo, será castigado con penitenciaría de dos a cuatro años».

Inútilmente en los antiguos códigos se buscará en el título de la falsificación documentaria el delito de que trata este artículo: la destrucción de un documento probatorio para los viejos maestros no constituiría falsificación. Juristas modernos encaran este hecho con un criterio diametralmente distinto. Para ellos la destrucción de un documento probatorio, para los viejos, equivale jurídicamente a la creación de un documento probatorio falso. Me parece que este criterio es digno de aprobación. Romper un documento suscrito por Juan a favor de Pedro por la suma de diez mil pesos, prácticamente equivale a hacer un documento de liberación suscrito por Pedro a favor de Juan por la misma cantidad. Los efectos económicos y jurídicos son idénticos, y lo natural es que el legislador los identifique o conglomere del punto de vista de la criminalidad.

«Ocultare o destruyere» establece la ley. En el Código Italiano en vez de ocultar se dice suprimir. Opino que es superior la redacción italiana a la nuestra; el verbo suprimir tiene más amplitud que el verbo ocultar. Por suprimir se entiende no sólo la ocultación, sino la retención indebida de un documento. Los juristas lo entienden así y los tribunales también. De esto se desprende que si en nuestro país una persona retuviera indebi-

damente un documento, no cometería el delito a que se refiere el Ar. 248, mientras que esa solución no podría prevalecer en Italia. Me preguntarán ustedes: por qué? Porque mientras la retención es una forma de supresión no constituye ni física ni jurídicamente una forma de ocultación. Si un sujeto tiene un documento, confiesa el hecho e indica dónde se halla y rehúsa entregarlo, no puede decirse sensatamente que lo oculta.

Como en materia penal la interpretación debe ser muy restrictiva, cuando se trata de imputar delitos, no es posible darle jurídicamente al término ocultar una extensión que no tiene gramaticalmente. La ocultación debe ser indebida para caer bajo la sanción que establece este artículo. Si el que oculta un documento tiene el derecho de ocultarlo, no comete delito; el caso a que mentalmente se refiere se perfila en la siguiente hipótesis: Imagínense un sujeto que haya pagado una obligación y finja haber perdido el recibo correspondiente, como ha ocurrido más de una vez en la práctica. Sabedor del hecho el acreedor se presenta algún tiempo después exigiendo el cumplimiento de la obligación extinguida. El deudor en ese caso, con malicia pero sin maldad, lo empuja al despeñadero manifestando ante los tribunales que ha perdido el recibo y que de acuerdo con el artículo del código de procedimiento civil, exige que el acreedor manifieste bajo juramento que es su deudor. Efectuado el juramento, presenta el deudor el recibo y queda el acreedor como ustedes pueden imaginar. Tal ocultación, repito, no constituye el delito a que se refiere este artículo porque no es una ocultación indebida: el recibo es del deudor, y el deudor ha ejercido un derecho disimulando transitoriamente su existencia y simulando su pérdida a un canalla.

FIN DE LA FALSEDAD.

---



*Derecho Internacional  
Público*



FOR EL DR.  
AQUILEO CALLE H.

# DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

---

## LIBRO SEGUNDO

### LOS SUJETOS JURIDICOS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

— Los Estados, como depositarios y representativos de la soberanía inmanente y transeúnte, el imperium y la jurisdicción, son los únicos sujetos del Derecho internacional público, capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones de carácter internacional.

En el derecho primitivo el Estado llamado patrimonial, que englobaba un solo concepto el dominum y el imperium, es decir la propiedad y la soberanía, solamente el soberano podía ser sujeto de las relaciones internacionales. Hoy, en el concepto moderno, tanto el derecho político interno, como el Derecho Internacional, se basan en el principio de que la soberanía reside en el Estado, como único depositario y personero de ella.

Por fuerza del principio enunciado, los derechos y obligaciones que impone esta rama de la ciencia jurídica recaen exclusivamente sobre el Estado y no sobre los ciudadanos, reñícolas o habitantes del Estado. Lo dicho no significa que las relaciones internacionales, como un tratado, no impongan obligaciones a los particulares; pero éstos en lo que respecta a ellos, por el concepto de las obligaciones que un tratado de comercio, por ejemplo, establezca, no tienen que entenderse directamente con el Estado o Estados contratantes extraños, sino con su gobierno, o con el gobierno del cual son súbditos, relaciones que se derivan propiamente más bien del derecho nacional que del internacional.

Se ha presentado la tendencia a reconocer como sujetos del Derecho Internacional a personas distintas a los Estados, tendencia fundada en el principio de considerar a los «pueblos como sujetos de derechos», pero este concepto es vago y equívoco a la vez; y se ha exteriorizado en la protección



jurídica a las llamadas minorías, que son partidos o agrupaciones de raza, religión o tradición distintas a la nacionalidad o Estado de que forman parte.

El Estado, en el concepto del Derecho Internacional y en su aplicación es la persona jurídica independiente en los límites de su territorio. Es la comunidad humana, que habita y posee un territorio propio y definido y está gobernada por un poder soberano independiente, que no reconoce otra potestad superior. Los elementos esenciales o características del Estado son por consiguiente tres: soberanía, el territorio y la población.

Como secuela de la definición o concepto del Estado en el Derecho Internacional Público, no son sujetos de relaciones internacionales:

1º Las tribus nómadas. Los tratados o convenios celebrados con ellas no pueden servir de títulos jurídicos adecuados para la creación de derechos y obligaciones de carácter internacional. Sólo sirven como medios probatorios para demostrar posesiones u ocupaciones reales.

2º. Las empresas colonizadoras, formadas por individuos o por sociedades privadas. Estas empresas o compañías pueden convertirse en Estados independientes, cuando reúnan las tres características que constituyen el concepto de Estado y cuando puedan garantizar, en un territorio determinado, el orden interior y la protección y defensa en el exterior. Verificados estos fenómenos pueden las dichas compañías o empresas colonizadoras formar parte de la comunidad internacional, como sujetos de derecho internacional público.

Se ha discutido con especial interés, aunque ya este dato no tiene más importancia histórica, el momento en que la sociedad internacional del Congo se transformó en el Estado del mismo nombre, el cual tuvo existencia jurídica internacional autónoma y se incorporó, en 1889, desapareciendo de la comunidad internacional, al reino de Bélgica, del cual forma parte hoy, por virtud del llamado testamento del rey Leopoldo I, que a la vez fue monarca absoluto del Estado del Congo y rey de los belgas.

Un Estado puede delegar, a título precario, en personas naturales o en sociedades privadas, el ejercicio de derechos de soberanía, inclusive el de declarar o hacer la guerra. Esto hizo Inglaterra con la Compañía de las Indias orientales; pero en los territorios donde estas personas privadas ejerzan sus actos de soberanía, internacionalmente es la madre patria o la metrópoli la que los representa en la esfera del derecho internacional.

3º. Las minorías nacionales, de las cuales se habló arriba, y que se determinan por la raza, la religión, el idioma, que militan dentro de un Estado, y que pertenecen a él. Estas minorías, sin embargo, tienen cierta protección internacional concedida por algunos tratados.

4º. Los partidos rebeldes, aun cuando se hayan apoderado de una parte del territorio, mientras superviva el poder soberano anterior, es decir, mientras el gobierno contra el cual se han levantado en armas tenga vida. El reconocimiento internacional que se acostumbra, como partidos beligerantes, se limita exclusivamente a la beligerancia, no al reconocimiento como Estado, lo cual no puede suceder sino cuando los dichos partidos obtengan plenamente la independencia, que es condición esencial de todo Estado.

5º. Las comisiones fluviales internacionales, consideradas por algunos escritores como «Estados fluviales».

6º. Las partes de un Estado, provincias, regiones, comarcas, inclusive las colonias. Las partes de un Estado, según su organización política, con los departamentos y los municipios, tienen personería jurídica, o mejor, son «personas jurídicas», pero de derecho interno, no de derecho internacional público, porque subjetivamente no representan y poseen la soberanía.

Un Estado surge a la vida de la comunidad internacional cuando se producen las tres condiciones o elementos de territorio fijo, población fija y soberanía; y desaparece de la vida internacional cuando uno de los tres elementos indicados o los tres juntos, se extinguen.

El Estado puede formarse por varias causas: pacíficamente o por medio de la guerra; o por colonización de un territorio anteriormente deshabitado. Así surgió a la vida internacional la república africana de Liberia, colonizada por los negros libertados de los Estados Unidos saxones, reconocida como Estado independiente en 1847. La antigua república sudafricana, que es hoy uno de los dominios del imperio británico, fue colonizada por los boers holandeses.

Un Estado puede tener su origen por la separación pacífica o desmembración del Estado al cual pertenece el territorio o por la lucha victoriosa para conseguir la independencia, contra la madre patria. Así nacieron a la vida independiente los Estados hispanoamericanos, Grecia, Bélgica, Rumania, etc.

La formación de un Estado puede proceder también, de la creación del nuevo Estado por otros, como el de Albania en 1912; y puede ser debida a la unión de varios en uno solo, como Italia en 1871 y el imperio alemán, república hoy, llamado el tercer Reich, en el mismo año.

Desaparición:

La desaparición de los Estados puede ocurrir pacíficamente o por la guerra; y puede realizarse por la voluntad de los ciudadanos.

La separación de un Estado es muy frecuente.

La desaparición de un miembro de la comunidad internacional puede depender de la voluntad de un Estado contrario, que se impone por la razón de las armas.

La guerra mundial de 1914 modificó trascendentalmente el mapa de los Estados europeos. Nacieron a la vida los Estados de Danzig, Yugoslavia, Checoslovaquia, Finlandia, Lituania, Letonia, Estonia y Polonia que antes había sido nación independiente; y desaparecieron Servia y Montenegro.



Un Estado de nueva creación, o que no ha pertenecido antes a la comunidad internacional, requiere para ser sujeto jurídico en el derecho de las naciones, el reconocimiento por parte de los demás Estados.

El reconocimiento es condición necesaria para el ingreso o entrada de un Estado en la comunidad internacional, pero no para su existencia. A



este hecho se le concede mucha importancia desde las modificaciones sufridas por los Estados por obra de la Revolución francesa.

El reconocimiento supone en el Estado que aspira a entrar en la comunidad internacional las condiciones y garantías indispensables para la debida observancia de las normas jurídicas de carácter internacional. Presupuesto esto, o establecido, es indiferente la legitimidad o ilegitimidad del nuevo Estado: éste tiene derecho al reconocimiento aunque haya nacido a la vida por medio de la fuerza.

El reconocimiento puede hacerse expresamente, de una manera solemne, por ejemplo en congresos, o tácitamente, entablándose o sosteniéndose relaciones diplomáticas con el nuevo Estado; puede hacerse de modo incondicional o condicionalmente; y obliga a los Estados que lo hacen, especialmente a la madre patria, la que si incondicionalmente hace el reconocimiento renuncia a todos los derechos que tenía sobre el nuevo Estado.

La admisión de un Estado en la Sociedad de las Naciones equivale al reconocimiento internacional de parte de los Estados que forman la dicha institución, aun cuando la admisión no se apruebe sino por mayoría de votos.

La renuncia del reconocimiento de un nuevo Estado, cuando éste tiene las condiciones necesarias, es un acto poco amistoso; como lo son el reconocimiento prematuro y el reconocimiento tardío.

El derecho de la postguerra ha creado un reconocimiento intermedio que se llama reconocimiento «de hecho» o de «facto», el cual no significa reconocimiento total o permanente del nuevo Estado. Esta forma se ha aplicado a algunos Estados limítrofes de Rusia, cuya situación no se ha consolidado todavía; y se aplicó a la misma Rusia, que no fue reconocida de «jure» hasta febrero de 1924 por Inglaterra, Italia, Hungría y Suecia. El reconocimiento no imprime carácter permanente o de «derecho adquirido».

---

Las modificaciones o cambios en la **forma de gobierno** de un Estado no influyen en los derechos y obligaciones internacionales, a menos que afecten en su raíz la existencia misma del Estado y rebasen los límites de la acción puramente interior del mismo.

## EL PAPADO

La situación internacional del Jefe de la Iglesia Católica a contar de 1871, fecha en la cual la Santa Sede perdió los Estados Pontificios por causa de la guerra llamada de «la unidad italiana» dirigida por Garibaldi, ha sido muy discutida; porque el Gobierno Eclesiástico, después de la mencionada guerra, quedó despojado de las tres características que instituyen el Estado: sin territorio, sin habitantes y sin gobierno político. Sólo quedó con la suprema potestad espiritual en el Gobierno de la Iglesia. Sin embargo de esta situación anómala, el gobierno italiano promulgó la ley llamada de «Garantías», del 13 de mayo de 1871, en virtud de la cual el Sumo Pontífice de la Iglesia no quedaba como súbdito del gobierno italiano, sino que quedaba en una condición extraterritorial o extranacional, **no dependiendo de ninguna potestad estatal** para el ejercicio de sus funciones de Jefe de la Iglesia Católica; situación que se extendía a los lugares eclesiásticos donde



el Papa ejercía sus funciones, como el Vaticano, la Iglesia de San Pedro. A esta ley de Garantías los demás Estados le reconocieron, por tradición, o por derecho consuetudinario, extensión internacional.

Pero la situación anómala del Pontificado ante el Derecho Internacional, que lo dejaba en una posición equívoca por lo menos, quedó subsanada por el tratado de Letrán celebrado en el año de 1929 por Benito Mussolini y el actual Pontífice de la Iglesia. Por virtud de ese pacto se creó el nuevo Estado llamado de «La Ciudad Vaticana», se zanjaron todas las diferencias de la Iglesia Católica y el Gobierno Italiano; se celebró al mismo tiempo un concordato entre los dos poderes de que se acaba de hablar y tanto la Iglesia, como el gobierno de Italia, se hicieron concesiones de gran valor e importancia para los dos poderes. Ante el Derecho Internacional la cuestión más importante, de más relieve, que ofrece el Pacto de Letrán es la de que el Pontificado volvió a recuperar todas sus características o elementos para ser un Estado; quedó con territorio propio, con población fija y con gobierno político, ejercido por el Jefe de la Iglesia Católica dentro del territorio de «la Ciudad Vaticana».

---

## CAPACIDAD INTERNACIONAL

### Generalidades

Todo Estado posee, en su carácter de miembro de la colectividad internacional, capacidad jurídica, es decir aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales; para ser sujeto jurídico del Derecho Internacional.

Pero solamente el Estado soberano plenamente soberano, es el que posee la capacidad jurídica internacional que se manifiesta principalmente por estos actos: por el mantenimiento de relaciones internacionales por medio de agentes diplomáticos permanentes —*jus legatione*, derecho activo y pasivo de legación o embajada—; en la capacidad de celebrar tratados internacionales, especialmente de alianza —*jus foederum et tractatum*—, en el derecho de hacer la guerra y de concertar la paz —*jus belli et pacis*—.

La capacidad jurídica internacional se manifiesta, además, en la responsabilidad delictiva del Estado por acciones u omisiones contrarias al Derecho Internacional.

La soberanía, que es el elemento de ligamen vital en el concepto del Estado, consiste en la potestad suprema, independiente de otra autoridad, del Estado en las relaciones con las demás naciones y en el gobierno interior.

El Estado «semisoberano» posee una capacidad jurídica internacional limitada. En determinadas relaciones jurídicas es representado por otro Estado, por el Estado protector; y en las demás posee la capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales. Comparativamente con el derecho privado, el Estado semisoberano es un incapaz relativo.

La capacidad jurídica internacional no sufre mengua por una limitación de la libertad de acción del Estado, siempre que éste no confiera a un



Estado extraño el derecho de representación. Como ejemplos de esta limitación se pueden citar: lo que erróneamente llaman servidumbres internacionales; la fiscalización de la administración de las finanzas por terceras potencias, etc. La prueba de que la soberanía queda incólume es que el Estado que acepta la limitación puede dejar de cumplirla, haciéndose responsable internacionalmente del incumplimiento.

## UNIONES DE ESTADOS

La posición internacional de las uniones de Estados en las cuales hay que tener en cuenta no solamente la unión en sí misma sino los distintos Estados que la forman, presenta algunas dificultades, siendo la principal la de que las formas históricas no suelen acomodarse estrictamente a los conceptos fijados por la ciencia, ya que hay variados tipos de uniones.

La teoría jurídica distingue la unión personal de la unión real, la confederación de Estados y el Estado Federal.

Las uniones reales y personales, federaciones de Estados sobre base monárquica, son formas que pertenecen más bien al pasado, y la misma confederación de Estados es una forma casi exclusivamente transitoria, al paso que se extiende cada día más la forma del Estado federal, lo mismo en el antiguo continente como en el nuevo. En Derecho Internacional es necesario estudiar en cada caso concreto la estructura jurídica positiva de cada forma estatal.

En la unión personal la capacidad jurídica internacional corresponde a cada uno de los Estados federados, y no a la unión. Esta unión debida al hecho fortuito de tener uno o más Estados un mismo soberano, no menoscaba la independencia de los Estados que entran en la unión: cada uno conserva la plena capacidad internacional. Este tipo, como se dijo antes, pertenece al pasado; y fueron ejemplos de ella Bélgica y el Estado del Congo; Polonia y Sajonia; y en la actualidad la única unión personal de Estados es la de Islandia y Dinamarca.

En el tipo de confederación de Estados es también sujeto de Derecho Internacional cada uno de los Estados confederados, y no la confederación. Empero, puede concederse a ésta la capacidad jurídica internacional.

La confederación de Estados, monárquica o republicana, se distingue por la ausencia de un poder central superior a los Estados asociados. Este tipo de unión ha desaparecido también casi del todo y son ejemplos de él: la confederación germánica de 1815 a 1866; la de los Países Bajos de 1579 a 1795; la confederación norteamericana de 1778 a 1789; la confederación del Rin de 1806 a 1813 y otras.

En el Estado federal es sujeto jurídico de Derecho Internacional el poder federal, o el mismo tipo estatal que se forma, porque en él la subjetividad jurídica de los Estados anteriores desaparece casi en su totalidad, quedando en éstos alguna parte de esa subjetividad; y por ello, a los distintos Estados puede reconocérseles alguna capacidad jurídica internacional limitada. Pero en este tipo de forma estatal hay un poder central o superior al de los Estados que han entrado a formar la federación, poder que limita en mayor o menor grado la capacidad internacional de los Estados asocia-

dos. Como estados constituidos en forma federativa existen los siguientes: Suiza, los Estados Unidos de Norte América. En estas dos naciones la capacidad jurídica internacional reside exclusivamente en el poder federal; aunque los cantones suizos tienen el derecho de pactar tratados no políticos con otros Estados, sobre policía, tráfico local y finanzas.

Son Estados federados en la América: Méjico desde 1857; la Argentina desde 1860; el Brasil desde 1891, y Venezuela desde 1830. Tienen carácter de Estados federales las colonias autónomas inglesas del Canadá, Australias, Africa del Sur, y los Estados Malayos protegidos. El Imperio Británico se orienta hacia una «federación británica de naciones», en el sentido federal, según lo preceptúa la constitución del Estado libre de Irlanda de 1922.

La unión real de Estados es la única que tiene personalidad internacional; de suerte que los Estados que la forman no son por sí mismos sujetos jurídicos del Derecho Internacional.

Esta unión se constituye por la comunidad constitucional voluntaria de las supremas instituciones del Estado, y principalmente de la monarquía. La constitución determina cuál debe ser el círculo o esfera de los «asuntos comunes», entre los cuales figura en primer término la política exterior.

Esta forma de unión es muy desusada hoy y la formaron Austria y Hungría hasta el Tratado de Versalles; y la formaron los Estados nórdicos de Noruega y de Suecia por el convenio de Moss de 1814.

---

## SEMISOBERANIA Y PROTECTORADO

El Estado semisoberano es representado en determinadas relaciones internacionales por otro Estado; correspondiéndole, en tal sentido, la soberanía al Estado protector. El Estado semisoberano, por consiguiente, no es miembro de la comunidad internacional con plenitud de derechos y de deberes. Solamente tienen personalidad jurídica en todo aquello a que no alcance el derecho de representación del Estado soberano protector; y, por tanto, puede adquirir derechos y contraer obligaciones por los actos internacionales que sus órganos internacionales ejecuten por los órganos que de acuerdo con la constitución ejercen esta representación.

La situación jurídica del Estado semisoberano debe probarse y determinarse en cada caso particular; es generalmente un estado de transición de la dependencia total a la independencia completa; y la representación diplomática corresponde ordinariamente por entero al Estado soberano protector.

Si la obligación de un Estado con relación al otro se limita a la ayuda para caso de guerra, esta situación no es de semisoberanía sino de vasallaje; porque el Estado semisoberano, a pesar de su condición de tal, puede no estar obligado a prestarle ayuda al Estado soberano protector para la guerra.

En sentido amplio o general la condición de semisoberanía comprende no solamente las limitaciones jurídicas respecto a la política exterior o



derecho de representación internacional, sino que, quedando intacta la primera, la soberanía interior, policía, ejército, hacienda, está subordinada a las indicaciones o mandatos del Estado soberano protector.

No siempre es fácil definir con precisión si un Estado está o no comprendido en la situación internacional de que se habla; porque el concepto de semisoberanía es complejo y suele presentar muchas vaguedades.

Hay muchos Estados que están hoy bajo la condición de semisoberanía y los principales son los siguientes: bajo la sociedad de las naciones está la ciudad libre de Danzig y los territorios sujetos a «mandato»; bajo la soberanía de Francia están el principado de Mónaco, Marruecos, parte de Egipto, principalmente; bajo la soberanía de Inglaterra o protectorado está Egipto a partir del tratado de paz de Lausana de 24 de julio de 1923, en el cual Turquía renunció todos sus derechos con respecto a estas naciones.

Bajo el protectorado de los Estados Unidos estuvo hasta hace poco tiempo por virtud de la Enmienda Platt, la república de Cuba, protectorado suprimido por el actual gobierno estadounidense. La república de Liberia está sometida al protectorado de aquella nación; y lo mismo se puede decir con respecto a Panamá, porque de acuerdo con el tratado Hay-Bunau Varela de 1903 y de otro celebrado en 1924 sobre construcción de obras públicas en el territorio panameño, los Estados Unidos tienen la facultad de intervenir en la política interna de la república panameña. La política del «buen vecino» del presidente Roosevelt tendió a terminar la política imperialista que ha sostenido el partido republicano de la gran nación del norte de la América, política que ha caracterizado la segunda faz de la doctrina Monroe.

La República Dominicana está sometida, también, al protectorado de los Estados Unidos.

Con el nombre de «protectorado» político o colonial suele nominarse en el tecnicismo moderno la soberanía de una nación sobre colonias ultramarinas y las atribuciones del Derecho Internacional en las esferas de intereses o en el Hinterlán.

En otro sentido el concepto de protectorado significa una especie de protección a las personas que residen en otro Estado, y no al territorio como comprende el primer sentido de esta situación de semisoberanía de que estamos hablando.

---

## ESTADOS NEUTRALIZADOS

La capacidad jurídica internacional del Estado soberano no sufre merma con la neutralización: con la obligación que tiene un Estado de conservar permanente la neutralidad; concepto o situación jurídica distinta al deber de neutralidad que los Estados deben guardar, como miembros de la comunidad internacional. La «neutralización» es un estado de **neutralidad obligatorio y permanente**, creado y garantizado por otros Estados por virtud de las cláusulas de un tratado; y tienen como finalidad, en primer término, la seguridad del Estado neutralizado por interés común contra los peligros de anexión por parte de los Estados limítrofes; y secundariamente

busca el interés de defensa, igualmente, o de equilibrio con respecto a los Estados que han pactado y han garantizado la neutralización. Mientras que la neutralidad es un deber internacional no garantizado por ningún tratado; deber que puede romperse cuando un tratado ofensivo o defensivo, celebrado por el Estado con otros Estados, exija la participación o intervención en un conflicto del Estado neutral.

Thier llama acertadamente «Estado tapón» al Estado neutralizado; porque según lo dicho, la finalidad de la neutralización es la de servir de válvula de seguridad en las relaciones internacionales con respecto a los Estados interesados, sirviendo realmente de tapón para impedir la ruptura de la armonía internacional en naciones rivales o que tienen intereses encontrados.

La neutralidad permanente obliga al Estado neutralizado a no celebrar tratados de alianza y de garantía que le puedan obligar a tomar parte en una guerra; y lo obliga a practicar en tiempo de paz una política absolutamente neutral. La incapacidad para celebrar tratados de alianza es una de las líneas fundamentales que diferencian la neutralidad de la neutralización.

La neutralización permanente obliga no solamente a los Estados que la han pactado, sino a todos los demás que expresa o tácitamente la han aprobado y la violación de esta estado o situación internacional por parte de un Estado beligerante es un delito internacional que justifica la intervención de las naciones interesadas contra el trasgresor de la paz. De una manera especial la neutralización obliga a los Estados que se han obligado a garantizar la integridad territorial del Estado neutralizado, debiendo intervenir por medio de las armas en caso de necesidad para defenderla.

La neutralización contractual instituye una relación jurídica internacional, que no puede modificarse o desaparecer sino previo el acuerdo de todos los Estados interesados; y, por consiguiente, el Estado neutralizado no deja de serlo por la sola declaración unilateral de uno de los Estados garantes que caprichosamente no pueden desligarse de los compromisos que semejante situación contractual le impone.

La neutralidad permanente es opuesta al sistema coercitivo establecido por el pacto de la Sociedad de las Naciones, de acuerdo con el cual todos los miembros de ella están obligados a ejercer una acción común coactiva a fin de procurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones impuestas por el Pacto.

El Estado neutralizado, que según se vio está inhibido de celebrar tratados de alianza y de hacer la guerra, puede en conceptos de «legítima defensa» y de estados de «necesidad» declarar la guerra al Estado o Estados que invaden su territorio o atentan contra su soberanía.

Eran Estados permanentemente neutralizados antes de la guerra de 1914 Bélgica y Luxemburgo, habiendo anulado la mencionada guerra este estado de neutralización con respecto a los dos países indicados. La neutralización de Bélgica fue establecida y garantizada por los tratados internacionales de 1831 y de 1839, como se dejó dicho atrás.

La república federal de Suiza está en neutralización permanente desde el año de 1815, situación reconocida por el Tratado de Versalles.



Islandia declaró unilateralmente el estado de neutralización permanente en el año de 1918; nación ésta que no tiene bandera de guerra y que está en unión personal con Dinamarca, según se dejó expuesto atrás.

## LA SOBERANIA DEL ESTADO

### Independencia exterior

La comunidad internacional, o la llamada familia de las naciones, se basa en la idea de una coexistencia de Estados independientes, con territorios debidamente delimitados y con una autoridad o jurisdicción recíproca y realmente reconocida. De este principio fundamental se desprende una serie de normas jurídicas básicas, cuya fuerza obligatoria no se funda en reconocimiento contractual de ninguna especie. Este principio es el fondo mismo del Derecho Internacional Público; es el hilo rojo, el hilo vital que sostiene y fecunda la comunidad internacional; y sobre la firmeza de este principio, y la lealtad en su cumplimiento, depende la vida y la subsistencia de las naciones débiles.

La revolución francesa en 1792, tuvo el proyecto de expresar en fórmulas concretas, en norma jurídica precisa, los derechos fundamentales de los Estados o de las naciones; así como lo había hecho con respecto de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789 en la inmortal «declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» que es «la ley de las doce tablas» de la libertad humana.

La convención nacional en el dicho año, comisionó al diputado abate Grégoire la redacción de la declaración sobre el derecho de gentes, pero el proyecto presentado por este diputado en 1795 no fue discutido ni aprobado por la convención.

La idea fundamental de la igualdad jurídica de los Estados no es un «espejismo» del derecho natural, sino la base de la misma comunidad internacional, la base o el fundamento del Derecho Internacional público; y de esta idea fundamental se derivan derechos que incumben a los Estados como miembros de la comunidad internacional; derechos que van inseparablemente unidos al concepto de Estado, como sujeto del Derecho Internacional. Estas normas se designan con el nombre de «derechos fundamentales internacionales» o «derechos de la personalidad internacional». Cuando estos derechos básicos son el objeto de acuerdos o tratados celebrados entre dos o más Estados, tales acuerdos tienen un carácter puramente declaratorio y no constitutivo de derechos internacionales.

El derecho a la igualdad jurídica de todos y de cada uno de los miembros de la comunidad internacional se deriva del concepto o concepción del Derecho Internacional Público, en el sentido de una ordenación sobre una comunidad de Estados ante la ley. No significa esto que entre los Estados tenga que haber una igualdad absoluta, sino que es, como en las personas naturales, relativa.

La igualdad de los miembros de la comunidad internacional se manifiesta en los congresos o asambleas de los Estados por el derecho igual de

sufragio y por la unanimidad necesaria para todas las decisiones, sobre todo para aquellas que entrañen una determinación de graves consecuencias en la vida internacional. Esta igualdad no se destruye por la jerarquía o superioridad de algunos Estados, ni por la cortesía y la etiqueta, ésta última tan usada en otros tiempos especialmente en el trato y privilegios que se les concedían a los monarcas y a los embajadores.

Sin embargo, en la realidad internacional, en la política diplomática, de ayer y de hoy, el respeto y reconocimiento del principio de la igualdad jurídica de los Estados ha sufrido grandes quebrantos y aun desconocimiento. Tal vez, es doloroso decirlo pero la verdad es la verdad, en la política internacional de la hora, por causas complejas, el principio de la igualdad de los Estados, el de la independencia de éstos, consecuencia necesaria del primero, y la bandera del derecho, en una palabra, se han arriado; y hace falta que Cristo ocupe la cabecera de la «mesa redonda de las naciones» y parta el pan de la justicia, la paz y el derecho entre todos los miembros de la comunidad internacional.

Vimos en otra parte que en la formación del consejo directivo de la Sociedad de las Naciones el principio de la igualdad jurídica es contrariado por virtud del privilegio que tienen las llamadas «potencias aliadas y asociadas».

Del principio fundamental de que estamos hablando nace la obligación para todos los Estados de la comunidad internacional de abstenerse de toda intervención en los asuntos reservados por el Derecho Internacional a la soberanía o incumbencia exclusiva de cada uno de los Estados; y por ello, es contrario, profundamente contrario al Derecho Internacional todo ataque en tiempo de paz a la existencia y a la seguridad interior y exterior del Estado; y éste debe evitar que sus súbditos o los extranjeros residentes en el territorio, preparen o realicen ataques de tal laya.

Todos los Estados están obligados a respetar la independencia interior y exterior de los miembros de la comunidad internacional y a evitar que mediata o inmediatamente, por medio de sus órganos representativos o de los nacionales o extranjeros, se preparen o realicen los ataques y las intervenciones. Este deber es gravemente ponderoso y el Estado debe poner toda clase de medios, sin economizar ninguno, inclusive expidiendo una legislación adecuada y eficaz, para impedir la comisión de esta clase de hechos que constituyen un delito internacional.

Con la intervención un Estado exige al Estado intervenido una acción u omisión determinadas en el orden político general, interior o exterior, en el orden económico o financiero, por ejemplo, someterse a una fiscalización, el control sobre la renta de aduanas, etc. Esta intromisión va acompañada en ciertos casos por la amenaza o el empleo de la fuerza armada.

La intervención no es aceptable en ninguna forma, aun cuando ella se disimule con teorías sutiles o con figuras jurídicas que en el fondo equivalen a la intervención; como por ejemplo, entre otras teorías, la sostenida por el jefe de la delegación norteamericana, míster Hughes, en la sexta conferencia panamericana, reunida en la ciudad de La Habana en 1928, sobre la llamada «interposición».

La intervención es distinta de la intercesión, que consiste en conse-



jos amistosos o sugerencias; y es distinta de la mediación, la cual se distingue por la intervención amistosa de un tercer Estado, por medio de comisiones de conciliación, comisiones que también pueden formarse por representantes de los Estados que están en desavenencia. Este sistema pacífico para propiciar una solución jurídica de los conflictos internacionales es muy usada y ha dado magníficos resultados en la política diplomática. La mediación fue el papel desempeñado por el Brasil en el reciente conflicto colombo-peruano que terminó con el protocolo de Rlojaneiro.

El principio de la no intervención pertenece al Derecho Internacional moderno, porque solamente en los últimos tiempos el mundo internacional ha reaccionado vigorosamente, por medio de la conciencia colectiva, contra las intervenciones hechas en el siglo pasado por las naciones que formaron en 1815 la Santa Alianza en Europa, las cuales practicaron el intervencionismo y lo plantearon como postulado de Derecho Internacional con el pretexto de sostener la legitimidad monárquica en las naciones de este continente que se habían independizado de la corona española.

Como reacción al intervencionismo profesado y practicado por las naciones de la Santa Alianza, y para poner una barrera inexpugnable a la reconquista que proyectaba España sobre los países de hispanoamérica que fueron sus colonias, el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica mister James Monroe, expuso en su mensaje anual dirigido al congreso, de dos de diciembre de 1823, la famosa doctrina conocida con el nombre del estadista que la propuso: «América para los americanos».

La base primitiva de la doctrina Monroe reposa en dos principios, según las mismas palabras del autor: 1°. Los continentes americanos son libres e independientes y no pueden ser objeto de futura colonización por potencias europeas; 2°. Toda intromisión de una potencia europea en los asuntos americanos será considerada por los Estados Unidos como expresión de una voluntad poco amistosa.

Mister Monroe había sido en 1802 embajador de los Estados Unidos en Francia con el fin de sugerir a Napoleón I la venta de Luisiana a los Estados Unidos.

Es innegable que la doctrina de que hablamos está en un todo de acuerdo con los principios de Derecho internacional público; y es, así mismo innegable que la dicha doctrina fue el más poderoso baluarte de defensa de la independencia de las naciones hispanoamericanas en el siglo pasado, contra las ambiciones imperialistas de las potencias europeas.

Empero, no se puede decir lo mismo respecto a lo que se llama la segunda faz de la doctrina Monroe, o la faz imperialista, por medio de la cual se bastardearon los principios jurídicos en que fue primitivamente fundada y expuesta por su autor, y aplicada. Porque ya en el aspecto que se contempla, en el imperialista, la célebre doctrina sirvió de manpuerto a la política de la Casa Blanca para realizar conquista en territorios pertenecientes a la América española, para realizar intervenciones injustificadas y para patrocinar y consumir expoliaciones, como la que fue ejecutada contra Colombia en el año de 1903 con la secesión de Panamá de Colombia, la pérdida del istmo del mismo nombre, hechos que se realizaron con el apoyo de los Estados Unidos, como lo demuestra la Historia.



La doctrina Monroe en el sentido imperialista se convirtió, por fuerza de los hechos, —separación de Panamá, anexión de las Filipinas, la guerra contra España para favorecer la independencia de Cuba, la cual se verificó quedando los Estados Unidos con derecho a intervenir permanentemente en la política interna y externa de Cuba, según lo preceptuaba la Enmienda Plat, la conquista de Texas mediante guerra contra Méjico, las frecuentes intervenciones y ocupaciones en los pequeños países centroamericanos, etc.— en América para los Estados Unidos.

Por fortuna, como dijimos en otra parte, la política internacional americana que practicaba el presidente Franklin Delano Roosevelt, mandatario de los Estados Unidos, «del buen vecino», ha restaurado las líneas prístinas de la doctrina Monroe.

Excepcionalmente puede justificarse la intervención de un Estado en los asuntos de otro, en los siguientes casos:

a)-A instancia del mismo Estado intervenido o con su consentimiento, aunque éste sea tácito;

b)-Por un derecho concedido contractualmente por el mismo Estado intervenido o acordado entre los Estados interesados (tratados de los Estados Unidos con Panamá de 1903 y 1924 y el celebrado con Cuba, la Enmienda Plat); y

c)-Cuando se dan las condiciones que justifican que un Estado se tome la justicia por su propia mano.

El derecho de intervención no es admisible fuera de los casos previstos, aun cuando para ejercitarla se alegue la defensa de los grandes intereses de la humanidad y de la civilización, motivo éste con el cual se han pretendido justificar intervenciones y conquistas reñidas con los postulados del Derecho Internacional. Aceptar esta teoría, que fue uno de los fundamentos para el sostenimiento de «la interposición», cuarta columna del panamericanismo según mister Hughes, es abrir de par en par las puertas del imperialismo y poner la piedra funeraria a la igualdad jurídica de los Estados y a la independencia de éstos.

El derecho de intervención puede otorgarse y ejecutarse colectivamente por varios Estados, como está previsto en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, art. 16.

La amenaza de una intervención injustificada puede traer consigo la contraintervención de terceros Estados.

El derecho al respeto es una consecuencia de la idea fundamental, de la igualdad jurídica, en la comunidad internacional.

Toda falta de respeto hacia un Estado es contraria al Derecho Internacional, ya se cometa contra los atributos de la soberanía o contra representantes y órganos internacionales. La no respuesta a una nota diplomática es una falta de respeto; pero este respeto, o el irrespeto, en muchos casos, pertenece a la cortesía internacional.

No se puede negar la importancia al principio fundamental al honor de los Estados, a la dignidad nacional, porque este concepto es mucho más extenso, variado y delicado que entre los particulares. Los derechos fundamentales del Estado, que reconoce el Derecho Internacional, deben incluir el respeto al honor y a la dignidad de los pueblos, por motivo de lo dicho y



porque las heridas a este sentimiento primordial pueden dar lugar a conflictos internacionales de suprema gravedad.

## EXTRATERRITORIALIDAD DE LOS ESTADOS

La independencia recíproca de los Estados supone que ninguno de ellos pueda ser sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, porque esto equivaldría a que un Estado pudiese ejercer autoridad sobre otro independiente.

«Par in parem non habet iudicium». Este principio, aceptado por la literatura y jurisprudencia política en la gran mayoría de los Estados, tiene aplicación parcial; sobre todo tratándose del ejercicio de acciones reales sobre bienes inmuebles; porque no puede someterse la soberanía de un Estado al juicio, a los tribunales de otro, tratándose de la propiedad raíz que forma parte, mejor integra el territorio elemento esencial del concepto de Estado. De suerte que la norma jurídica expuesta no puede quebrantarse respecto al punto cuestionado; y solamente es aceptable que el Estado cuando obra exclusivamente como persona de derecho privado, como empresario de ferrocarriles, fabricante etc., pueda sujetarse, comparecer en calidad de demandante o demandado, ante los tribunales extranjeros. Con todo, es muy peligroso que un Estado comprometido en un litigio, en la hipótesis de que sea condenado, tenga que sufrir una sentencia que puede traer como consecuencia la intervención, o puede provocarla. Por ello, internacionalmente lo aconsejable es que los Estados arreglen amistosamente o por medio de tribunales arbitrales, las diferencias litigiosas que surjan entre ellos por motivo de intereses económicos o financieros.

Colombia ha comparecido como demandante y demandada ante los tribunales ingleses, por causa de las diferencias ocurridas con la compañía constructora del ferrocarril del Norte y de las minas de Supia y Marmato, arrendadas a una compañía inglesa la cual llevó sus pretensiones al campo de la reclamación diplomática.

La extraterritorialidad, o mejor la inmunidad, del jefe de un Estado en territorio extranjero y de los embajadores es una consecuencia del principio sobre la independencia de los miembros de la comunidad internacional.

De la idea fundamental en que se apoya el derecho internacional, en cuya virtud existe y rige la comunidad de los Estados, se desprenden el derecho y el deber de cada uno de ellos de mantener relaciones constantes con todos los demás miembros de la comunidad internacional. (Comercio y sociabilidad).

El sostenimiento de estas relaciones exige, en primer lugar que se tengan permanentemente relaciones diplomáticas con los demás Estados, costumbre tan antigua como el mismo Derecho Internacional y cuya iniciación puede ser el primer paso para el ingreso en la comunidad internacional de un Estado nuevo, o de uno anteriormente alejado de ella. Exige, el concepto y fundamento de estas relaciones, el mantenimiento de intercambio jurídico que se manifiesta en la celebración de tratados internacionales, celebrados por los miembros de la comunidad internacional; y en la igualdad

fundamental de trato, el cual debe aproximarse al de los mismos nacionales, que debe dárseles a los extranjeros por el Estado, por la autoridad de éste y por los mismos súbditos.

Un Estado que quisiera vivir aislado de todos los demás como una especie de Robinson Crusoe, quedaría por ese solo hecho excluido de la comunidad de las naciones; y un Estado que prohíba al otro u a otros el comercio concedido a los demás miembros de la comunidad internacional, provoca un *cassus belli* al Estado excluido. El boicot económico es jurídicamente incompatible con los derechos básicos de la comunidad internacional. Este deber fundamental sobre sostenimiento del comercio no inhibe a un Estado para rechazar en determinados casos la conclusión de un tratado, la admisión de una embajada o de ciudadanos pertenecientes a otro Estado; el derecho a la expulsión de extranjeros perniciosos y a la cancelación del *ex sequatur* de los cónsules, cartas de retiro a los ministros diplomáticos, etc.

---

## INDEPENDENCIA INTERIOR

De la base fundamental del derecho internacional, de que venimos hablando, se desprende el reconocimiento recíproco de la independencia de cada Estado dentro de su jurisdicción. Los límites de esta jurisdicción están determinados geográficamente por el territorio del Estado y personalmente por la población del mismo. La autoridad independiente del Estado se manifiesta internacionalmente, de una parte, como soberanía territorial y de otra como soberanía sobre las personas.

El poder del Estado, el *imperium*, es siempre autoridad suprema imperativa y coactiva; y sólo puede concebirse como mando o autoridad sobre hombres cuyas relaciones entre sí y con la autoridad del Estado están jurídicamente determinadas. La existencia de Estados iguales, cuyo conjunto forma la comunidad internacional, es inconcebible si no está perfectamente delimitada la jurisdicción de cada uno de los Estados independientes. Esta delimitación se realiza con arreglo a dos principios que en parte se enlazan y confunden entre sí:

En primer lugar, por la relación del hombre con el territorio del Estado, sin que haya lugar a distinguir entre reñícolas y extranjeros. De acuerdo con este principio, todas las personas que habitan el territorio de un Estado están sometidas a la autoridad de este Estado, a sus leyes, tribunales, y funcionarios gubernamentales. La relación con el territorio del Estado se mantiene también por los derechos reales sobre bienes inmuebles que están situados dentro del Estado. Superficialmente considerada, la autoridad se presenta como señorío o dominio sobre las cosas; pero en realidad de verdad significa también soberanía sobre las personas, sin tenerse en cuenta su residencia ni el Estado a que pertenece. Este aspecto pertenece, al mismo tiempo, a los principios del derecho internacional privado, en virtud de los cuales hay ciertas leyes llamadas de orden público internacional, o de orden público absoluto, de aplicación estrictamente territorial para todos los habitantes del Estado, nacionales o extranjeros; y otras leyes, llamadas de orden público interno o relativo, que acompaña a la persona donde quie-



ra que vaya, determinando su domicilio. Las dos teorías o escuelas que establecen el régimen de esta clase de leyes son las de los profesores Manzini y Savigny, de la personalidad jurídica y del domicilio.

El concepto de soberanía personal, entendido y aplicado dentro de las leyes de «orden público interno» rebasa los límites del Estado, porque los nacionales en el extranjero siguen sometidos a tales leyes.

La independencia interior de la autoridad del Estado, la soberanía interior o inmanente, se manifiesta respecto a los demás Estados en el ejercicio de la autonomía de las ramas legislativa, judicial, ejecutiva y administrativa dentro de la jurisdicción correspondiente al Estado.

Sin embargo, es necesario fijarle a la esfera de la soberanía interior, la limitación de que la autonomía del Estado no puede prescindir u olvidar que no está solo, sino que, al contrario, forma parte de la gran familia de naciones jurídicamente iguales; y que, como consecuencia de esta coexistencia de Estados la legislación debe evitar las colisiones de leyes, de derechos y de obligaciones de un Estado para con otro u otros. En este aspecto radica precisamente el punto de contacto, la zona de afinidad, del Derecho internacional público con las normas del Derecho nacional y con las del Derecho internacional privado. La legislación nacional debe determinar si en determinado caso se aplican las normas jurídicas del derecho interno o del derecho de otro país. Esto es: si, por razón de la relación jurídica determinada y de los elementos que la componen hay lugar a la aplicación de la ley territorial en sentido absoluto; o si, por efecto de la misma relación o de algunos de sus componentes, puede aplicarse una ley extraña o de otra soberanía. Bien entendido que los principios constitucionales, los fijados en el Código Penal, la organización y funcionamiento de los poderes públicos, el régimen de la propiedad raíz etc., están sometidos rigurosamente a la ley territorial del Estado, a la soberanía integral de éste, porque ningún país independiente puede permitir que leyes extrañas rijan dentro de su jurisdicción las dichas materias.

La autonomía puede estar limitada por virtud de obligaciones contraídas contractualmente o impuestas por otros Estados. La autonomía limitada es lo que se llama, como lo definimos atrás, «semisoberanía» en Derecho Internacional Público.

Denomínase soberanía territorial la autoridad del Estado que afecta su territorio y se encuentra geográficamente delimitada por esta relación. Es un imperio, no un dominio: un poder de dominación, reconocido por el derecho internacional, sobre los hombres del territorio, no un derecho real sobre el territorio.

La soberanía territorial excluye toda intervención de la autoridad de otro Estado en su territorio, cualquier ejercicio inmediato de derechos de otra soberanía.

Un mismo territorio puede estar bajo la cosoberanía dividida o en común, de varios Estados —condominio, coimperio—. Es también posible un protectorado común.

Esta situación internacional de condominio, que ha existido en las relaciones internacionales, es fuente copiosa de graves problemas.

La soberanía territorial y la autoridad o imperio del Estado, en ge-



neral, pueden estar limitadas por obligaciones permanentes, contraídas o impuestas a favor de otros Estados.

Un Estado puede estar obligado: a permitir en su territorio el ejercicio de un derecho de soberanía por otro Estado, como la concesión de un derecho de ocupación, de tránsito, el establecimiento de una estación carbonera etc.; y a suspender en su territorio el ejercicio de un derecho de su propia soberanía, como en los Estados sometidos total o parcialmente a la neutralización.

En Derecho internacional público es erróneo considerar que existen las servidumbres de carácter internacional o internacionales; porque dentro de los principios que hemos expuesto, sobre la igualdad jurídica de los Estados, la independencia de éstos, la soberanía territorial y la personal, no puede concebirse que un Estado sea o desempeñe el papel de predio dominante y el otro que sufre la servidumbre el de predio sirviente. La servidumbre es un derecho real, que recae siempre sobre bienes inmuebles pertenecientes a dueños distintos; y es, por virtud de la naturaleza de este derecho, opuesto a los principios básicos del derecho internacional público las llamadas servidumbres internacionales. Lo que ocurre en el fondo, en la realidad de las cosas, es que se confunde las limitaciones de la soberanía, de que hemos hablado antes, con el gravamen real que el derecho civil moderno define y reglamenta en las distintas clases de servidumbres prediales. Dentro de las normas del Derecho privado, obrando el Estado como persona jurídica de este derecho, bien puede suceder que un bien patrimonial de la nación esté gravado con una servidumbre o se beneficie de ella. A los principios fundamentales de la igualdad jurídica y de la independencia de las naciones se opone el concepto de las servidumbres en derecho internacional.

La soberanía territorial afecta mediatamente a todos los bienes que se encuentran en el territorio, con especialidad a los inmuebles que a los muebles, salvo algunas limitaciones impuestas por el privilegio de la extraterritorialidad o inmunidad, limitaciones que sólo se refieren a las personas de los embajadores y demás ministros diplomáticos, y a los bienes muebles, en ningún caso a las acciones reales. Por fuerza del principio anterior, el Estado puede prohibir, en principio, la adquisición y la posesión de bienes raíces a los súbditos de otro Estado o hacerlas depender de determinadas condiciones. Esta prohibición es odiosa y bárbara y solamente se aplica a los Estados extranjeros y para los jefes o representantes de éstos cuandoquiera que ellos adquieren el dominio de los bienes inmuebles para el Estado que representan.

Las acciones reales sobre bienes raíces pertenecen a la jurisdicción de los tribunales del Estado en que éstos están situados, aunque el demandante y el demandado, o ambos, sean extranjeros, y gocen de los fueros de la extraterritorialidad.

La soberanía territorial se extiende a todas las personas que habitan en el territorio: a los nacionales y a los extranjeros que residen en él, quienes están sometidos a la legislación, a la justicia y a la administración del Estado en que habitan. «Habitar en un territorio es someterse a su soberanía», según el pensamiento de J. J. Rousseau.



En cambio, el Estado donde los extranjeros residen tiene la obligación de compensar a éstos la misma protección que a sus propios súbditos o repatriados. Está, por consiguiente, obligado a asegurar por medio de sus tribunales y autoridades gubernativas la defensa y protección de sus legítimos intereses, aun en los litigios que surjan entre los súbditos de la misma nación con los extranjeros. La legislación civil de los países civilizados consagra el principio de la igualdad jurídica en el goce de los derechos civiles de los nacionales y de los extranjeros, con limitaciones. Este principio lo establece la reforma constitucional colombiana de 1936, que sustituyó el sistema de la reciprocidad legislativa y diplomática que consagraba la constitución de 1886 para regir todos los derechos que en Colombia podían ejercer las personas de otras nacionalidades.

La soberanía territorial no comprende a las personas que gozan de los beneficios de la extraterritorialidad o inmunidad, las cuales están exentas de la jurisdicción penal y civil indígena, de manera mediata a la obediencia de las mismas leyes; así como de los tributos y prestaciones personales, especialmente la jurisdicción de las autoridades gubernativas del Estado donde residen. Este fuero se extiende a la propiedad y tenencia de bienes. ....

Gozan del beneficio de la extraterritorialidad:

a). El Estado extranjero; b). El jefe del Estado extranjero; c). Los agentes diplomáticos de Estados extranjeros y, en determinadas circunstancias, sus agentes consulares; d). Los cuerpos de ejército extranjero, los buques y las naves aéreas de un Estado extraño. No obsta que la estancia sea con consentimiento del Estado o sin él; porque hasta el ejército invasor lleva consigo el derecho de su patria. Lo mismo sucede también con las tropas que se encuentran en el territorio de Estados aliados; e). Los individuos pertenecientes a determinadas comisiones internacionales, a quienes se les concede una inmunidad limitada; f). Los miembros del tribunal arbitral permanente; g). El Papa y sus embajadores; h). En algunos de los países no cristianos los nacionales de las potencias cristianas, por virtud del régimen de las capitulaciones, gozan de una amplia exención de la soberanía territorial del Estado en que residen.

La soberanía **personal**, la ejercida por el Estado sobre la población, comprende, dentro de las limitaciones indicadas arriba, a los súbditos que residen en el Estado o que están fuera de él.

---

## EL TERRITORIO DEL ESTADO

### Extensión del territorio del Estado

El territorio del Estado es todo lo que abarca la soberanía territorial. El territorio está formado por la parte de la superficie terrestre encerrada en las fronteras del Estado, por las partes del territorio enclavado en otros Estados y por las islas. Hace parte, también, del territorio, el subsuelo y la capa atmosférica que cubre la superficie terrestre; así como forman parte del territorio las aguas llamadas nacionales.

Los límites son naturales o artificiales. Antiguamente eran obstáculos efectivos que impedían las comunicaciones: montañas, ríos, selvas vírgenes y zonas desiertas e inhabitadas y donde no existían estos obstáculos naturales se les sustituía por murallas.

Como límites naturales siguen teniendo gran importancia las montañas y los ríos. En las montañas se considera generalmente como línea fronteriza la divisoria de las aguas; y en los ríos, desde comienzos del siglo XIX y cuando no hay acuerdos especiales, el llamado talweg o vaguada, la parte más profunda del canal en los ríos navegables. En las costas marítimas las decide el nivel de las aguas en el momento de la bajamar; la tierra que queda al descubierto pertenece, por consiguiente, al territorio del Estado. Las fronteras artificiales, basadas en los principios de la geometría, se indican en las cartas geográficas y se aplican principalmente para los países deficientemente explorados. Al territorio del Estado pertenecen internacionalmente, junto con la madre patria, las colonias. Aun en la forma de protectorado las relaciones de las colonias con la madre patria se rigen por el derecho interno y no por el derecho internacional; para todos los demás Estados las colonias son país extranjero y en la esfera internacional están representadas por la madre patria. En este aspecto no tiene importancia la más amplia autonomía de que puedan gozar las colonias.

En cambio, no pertenece al territorio del Estado el «Hinterlán» de las colonias (la esfera de intereses). Sobre este territorio no tiene el Estado autoridad o soberanía de ninguna especie; sino únicamente un derecho de ocupación y de exclusión, antes de haber realizado la ocupación, el ejercicio de todo otro poder o soberanía de un Estado extraño.

El «Hinterland» viene a ser así como el umbral del territorio del Estado, al cual se va incorporando por la lenta penetración de las instituciones administrativas y jurídicas, sin que sea necesario en cada uno de los casos dirigir notificación especial a las demás potencias.

Esta concepción, o delimitación, ha tenido un gran interés y aplicación, desde la octava década del siglo XIX, con respecto a la colonización y reparto del continente africano.

Al territorio del Estado pertenece, o forma parte de él tanto en la madre patria como en las colonias, la zona de las aguas del Estado, que está formada por las aguas propias, «aguas nacionales» en sentido estricto, llamada por algunos «aguas territoriales».

Estas aguas las forman los ríos, canales nacionales y los mares interiores o lagos propiamente dichos.

Por virtud de la soberanía territorial plena, el Estado ribereño no obligado por tratados especiales, puede prohibir a los súbditos de otros Estados la navegación y la pesca en sus aguas nacionales o permitir la con condiciones y limitaciones; y si la permite tiene jurisdicción ilimitada sobre los barcos extranjeros que naveguen por dichas aguas.

A pesar de lo dicho, Colombia fue la primera nación de la América del Sur que estableció en sus leyes el principio de la libre navegación fluvial por medio de la ley de siete de abril de 1852, confirmada por una de 24 de mayo de 1856 y por la 56 de 1867 y por la 84 de 1871. En los tratados que celebró la Gran Colombia en 1825 y en 1829, con la Gran Bretaña



y con los Países Bajos se estipuló la cláusula sobre la libre navegación de los ríos. Esta cláusula se halla vigente en los tratados celebrados por Colombia con Inglaterra, Alemania, Italia, Bélgica, Estados Unidos, Ecuador, Venezuela, Perú y Brasil.

La libre navegación de los ríos interiores se puede considerar como postulado de derecho internacional americano, consagrado por la Argentina en una ley del año de 1852, principio elevado a canon constitucional en dicha nación. Bolivia en 1853 lo estableció, lo mismo que el Ecuador, el Uruguay y el Paraguay. Solamente Venezuela y el Brasil se han opuesto a la aplicación de este principio, el cual sistemáticamente lo negaron; pero en los tratados de límites celebrados con nuestro país reconocieron por fin, el principio de la libre navegación de los ríos comunes.

Los ríos que nacen y desembocan en el territorio del mismo Estado están sometidos a la exclusiva soberanía del Estado ribereño; y los ríos, que sin ser navegables desde el mar, recorren el territorio de varios Estados, están bajo la soberanía respectiva de cada uno de los Estados ribereños. Son ríos internacionales los que atraviesan o delimitan el territorio de varios Estados y son navegables desde el mar. Estos ríos están sometidos al principio de la «libertad de navegación marítima», proclamado por la primera conferencia de La Haya de 1899.

Los canales, es decir, las vías acuáticas artificiales comprendidos sus dos lados en el territorio del mismo Estado, dependen de la soberanía exclusiva de éste, aunque sirven de enlace a dos mares libres. Si recorren el territorio de varios Estados están sometidos a la soberanía de los Estados ribereños en sus zonas correspondientes. La nueva tendencia del derecho internacional es la de sustraer los canales de importancia, especialmente los que tienen comunicación con el mar, al principio de la soberanía ilimitada de los Estados ribereños.

Mares o lagos interiores son los que están rodeados de tierra por todas partes, o que no tienen comunicación navegable con el mar abierto. Se aplican a éstos los mismos principios de los ríos interiores.

Mares interiores en sentido amplio son los que se comunican con el mar abierto por medio de la navegación; y están sometidos a la soberanía territorial del Estado que los circunda, cuando este Estado domina completamente la comunicación con el mar; y al contrario, se considera mar abierto cuando no concurre una de estas dos circunstancias. En la primera hipótesis los mares interiores son aguas propias o aguas nacionales, y en la segunda son como el mar abierto, libres para todos los pabellones.

El espacio atmosférico sobre la superficie terrestre y acuática, comprendido en las fronteras del Estado, pertenece al territorio de éste y, por consiguiente, está sometido a la soberanía del Estado.

Hasta la guerra europea no se tuvo en cuenta en toda su magnitud el problema planteado por la navegación aérea; y es principio de Derecho internacional el de que, mientras tratados internacionales no lo impidan, todo Estado puede reglamentar, permitir o prohibir autónomamente la navegación aérea sobre sus zonas atmosféricas. El principio de la «libertad del aire» —*coelum liberum*— no tiene ninguna firmeza en el derecho de las naciones y es erróneo el paralelo que se hace con este principio y el de

la navegación marítima. La atmósfera tiene en la guerra la misma situación jurídica que la tierra firme. La conferencia panamericana de La Habana de 1928, estableció el principio de que el espacio atmosférico pertenece a la soberanía territorial de los Estados respectivos.

Lo expuesto debe aplicarse igualmente a la telegrafía sin hilos.

Al territorio del Estado pertenece el subsuelo comprendido dentro de sus límites territoriales; y por consiguiente, todo Estado tiene el derecho exclusivo de hacer debajo de su superficie terrestre instalaciones subterráneas de todas clases, galerías de minas, túneles ferroviarios, líneas telegráficas etc. En estado de guerra esta parte de territorio perteneciente a los Estados neutrales no puede convertirse por los Estados beligerantes en teatro de operaciones militares.

Del territorio del Estado forman parte los cables submarinos que parten y atraviesan el territorio respectivo.

---

## AGUAS TERRITORIALES

Pertencen al territorio del Estado las aguas territoriales, llamadas jurisdiccionales, que son las que forman el mar territorial o mar litoral o costero. Se da este nombre a aquella parte del mar abierto que el Estado ribereño puede dominar desde la costa.

Se ha discutido mucho la determinación de la línea fronteriza en las aguas territoriales y sobre el particular no hay acuerdo unánime, ni siquiera acuerdos internacionales generales. La extensión de esta línea depende de la aceptación o no aceptación del principio de la libertad de los mares.

Antiguamente se definía la extensión del mar territorial por el alcance de la voz y de la vista; y después por el alcance de las baterías o cañones de la costa.

Las legislaciones modernas de algunas naciones fijan la distancia del mar territorial en tres millas, calculadas desde el nivel inferior de las aguas en la bajamar.

Los Estados han propendido, cada uno por su lado y por su cuenta, a fijar los límites de sus aguas territoriales; y así España la fija en seis millas de extensión que fue propuesta por el gobierno de los Países Bajos para que sirviera de norma general, para los tiempos de paz; y 12 para el caso de guerra. Francia tiene establecido 6 millas para la pesca e inspección de aduanas; Italia la fijó en 1912 en 10 millas. Inglaterra le reconoció a los Estados Unidos una zona de 12 millas para la inspección y persecución del comercio de licores.

La determinación precisa de la línea o extensión de las aguas territoriales tiene una gran importancia para todos los Estados que tienen litorales marítimos; importancia que mira no solamente al derecho internacional sino también al nacional. La extensión de 3 millas es muy insuficiente y debería acordarse una extensión máxima que oscile entre seis y diez millas marítimas.

El Instituto de Derecho Internacional en su sesión verificada en París en marzo de 1894 fijó una área de seis millas. La ley 120 de 1909, art. 38, preceptúa el derecho de explotar yacimientos, en favor de la nación, que se



hallen bajo las aguas del mar territorial; y una ley del año de 1922 fijó como extensión de mar territorial, para los efectos de la explotación de hidrocarburos, 12 millas.

Las aguas territoriales no son territorio del Estado, pero éste puede ejercer en ellas ciertos derechos de soberanía.

Una sencilla consideración basta para demostrar que el mar litoral no puede considerarse como parte integrante del territorio del Estado ribereño: si a bordo de un buque mercante extranjero que navega por aguas del litoral colombiano, nace un niño, y siendo la bandera del barco de nacionalidad alemana todos reconocen que ese niño es alemán; si a bordo de un buque francés, que navega en aguas colombianas, un marinero mata a otro, el delito se reputa cometido en Francia y no en Colombia.

La situación jurídica del Estado riberano en las aguas territoriales está sujeta a las siguientes normas:

a). La travesía por las aguas territoriales no puede prohibirse ni en tiempo de paz ni en tiempo de guerra a los buques mercantes o de guerra de otros Estados, ni puede imponerse a dicha travesía impuestos o prestaciones.

En cambio, haciéndose caso omiso de arribada forzosa, el consentimiento del Estado riberano es indispensable para la permanencia en las aguas territoriales.

b). El cabotaje marítimo y la pesca en las costas puede reservarse a los nacionales con exclusión de todos los extranjeros.

c). El Estado riberano tiene el derecho de la policía marítima con fuerza coercitiva. A ella pertenece en primer lugar la policía de navegación. Las disposiciones del Estado ribereño respecto a señales marítimas, obligación de pedir el piloto, prevención de abordajes en el mar, conducta de los marineros después del abordaje etc., son obligatorias para los barcos que atraviesan aguas territoriales. El Estado riberano, además tiene el derecho sobre la policía aduanera; y puede, en consecuencia, detener y registrar los buques extranjeros sospechosos de contrabando.

d). El Estado riberano ejerce en sus aguas territoriales, o jurisdiccionales, una jurisdicción limitada en asuntos civiles y penales.

Ejerce jurisdicción sobre los actos jurídicos y los injurídicos realizados en las aguas territoriales, pero no a bordo de un buque extranjero. Tal sucede, p. e., si en una playa un bañista extranjero da muerte a otro o se celebra un contrato entre súbditos de un mismo Estado extranjero en un banco de arena. En estos casos los tribunales del Estado ribereño son competentes para conocer de los dichos actos.

El Estado ribereño tiene jurisdicción para conocer de las cuestiones relativas a los accidentes marítimos que ocurran en las aguas territoriales.

No varía esencialmente la situación jurídica de los buques anclados en las aguas territoriales con respecto a la jurisdicción del Estado litoral. Sobre esta hipótesis, los autores de Derecho internacional sostienen teorías opuestas: unos, con Inglaterra y los Estados Unidos a la cabeza, preconizan la jurisdicción limitada del Estado riberano; y otros sostienen la extraterritorialidad absoluta del buque extranjero. Pero la práctica constante de los Estados europeos, al respecto, es la de que el Estado riberano únicamente puede ejer-

cer jurisdicción sobre delitos cometidos a bordo de un buque extranjero, cuando el delito lesiona o pone en peligro intereses legítimos del mismo Estado o de alguno de sus súbditos que no se hallaban a bordo del buque extranjero.

En la guerra, las aguas territoriales de los beligerantes pertenecen al teatro de la guerra; las de los Estados neutrales, al estado de neutralidad. Los mismos principios rigen respecto al espacio atmosférico que cubre las dichas aguas.

En relación con bahías, ensenadas, golfos etc., rigen reglas especiales. En sus partes interiores, dominadas totalmente desde las orillas, son aguas territoriales y están bajo la soberanía territorial ilimitada del Estado riberano. Desde este límite empiezan las aguas jurisdiccionales o tefritoriales, que más allá de sus fronteras se convierten en mar abierto.

La parte interior de las bahías y ensenadas se acostumbra delimitarse tendiendo imaginariamente de costa a costa una línea recta de tal longitud que su punto medio pueda ser alcanzado por las baterías de ambas orillas. Detrás de esta línea, en dirección a la tierra, está la bahía cerrada, las aguas nacionales; desde la misma línea hacia el mar abierto empiezan las aguas territoriales.

La soberanía territorial del mismo Estado se extiende a los buques nacionales del dicho Estado, que, por tanto, no quedan sometidos, en las costas y aguas nacionales extranjeras, a las autoridades del punto donde están surtos. En cambio los buques mercantes nacionales sólo lo están en el mar abierto y en parte, también en las aguas extranjeras.

De acuerdo con lo dicho, no solamente queda excluido en principio el ejercicio de toda soberanía de otro Estado diferente de aquel a que el buque pertenece por su pabellón, sino que los buques son, de acuerdo con el derecho nacional de casi todos los miembros de la comunidad internacional, «partes flotantes del territorio»; y, por consiguiente, los sucesos ocurridos a bordo se consideran como ocurridos en el Estado a que el barco pertenezca según la bandera. Fiore y Despagnet, llaman a los barcos «instrumentos de comercio».

Los principios jurídicos establecidos para los barcos se aplican análogamente a las aeronaves. La aplicación de estos principios, tanto para los buques como para las naves aéreas exige naturalmente que la nacionalidad de estos vehículos esté regulada y pueda reconocerse exteriormente.

---

## ADQUISICION Y PERDIDA DEL TERRITORIO DEL ESTADO

### Generalidades

La adquisición y pérdida del territorio perteneciente a un Estado equivale a adquisición y pérdida de la soberanía territorial; y, por tanto, del poder del Estado: del imperium, no del dominium; es decir, equivale a la pérdida o adquisición de soberanía tanto sobre el elemento territorio, como sobre el elemento población.

El territorio del Estado puede adquirirse y perderse por hechos na-



turales o por actos jurídicos. Ejemplos de lo primero: por aluvión, por avulsión; ejemplos de lo segundo: la separación de Panamá, la anexión de Texas, las creaciones de nuevas nacionalidades acordadas por el tratado de Versalles etc.

La adquisición es originaria o derivada, como en el derecho privado. Son formas principales de la primera la conquista y la ocupación. La conquista de un Estado completo o de una parte de su territorio, supone como forma originaria de adquirir, la voluntad de parte del vencedor de afirmar **permanentemente** su soberanía sobre el territorio conquistado; y por esto hay diferencia sustancial entre la conquista y la mera ocupación en tiempo de guerra, que es temporal.

La declaración de que un territorio puede considerarse como conquista —la anexión—, es contraria al Derecho Internacional y jurídicamente ineficaz, mientras el Estado anterior puede oponer una resistencia militar en el territorio materia de la conquista.

La adquisición y la pérdida de territorio del Estado únicamente pueden ejecutarse por voluntad expresa de la autoridad del Estado. El Estado puede dípular a sus órganos, p. ej. a los comandantes de los barcos de guerra o a los jefes militares en tierra, o a los directores de empresas exploradoras, la realización del acto de adquisición en nombre del Estado; pero puede, también, elevar mediante aprobación posterior, a un acto de soberanía del Estado, la adquisición de territorio realizada por las dichas personas sin encargo, como ha ocurrido con respecto a los dominios coloniales. La adquisición de soberanía territorial por particulares es imposible en Derecho internacional, porque la soberanía territorial es función privativa del Estado.

La adquisición y pérdida de territorio necesita el reconocimiento de los demás Estados, en cuanto este hecho pueda afectar los derechos de tales Estados. En este caso incumbe a las naciones amenazadas o perjudicadas en sus derechos protestar contra el cambio de territorio, o de soberanía territorial. El silencio, una vez conocido el hecho, debe interpretarse como aprobación, y como renuncia tácita de los derechos que se poseían.

Con la soberanía territorial pasa también al Estado adquirente la soberanía sobre los ciudadanos del Estado que ha sufrido la pérdida, siempre que habiten en el territorio en el momento de la adquisición. Estos habitantes pierden la nacionalidad anterior. La soberanía del Estado adquirente no comprende a los que antes de la adquisición habían perdido la ciudadanía, o la nacionalidad en general, o por pérdida del domicilio ya no pertenecen al territorio adquirido. Esto constituye, no obstante que la conquista sigue siendo válida en el derecho internacional, un verdadero progreso jurídico en comparación a los horrores de la guerra en los tiempos antiguos, en los cuales era costumbre exterminar a los habitantes de los territorios conquistados.

La nacionalidad en el territorio que pasa de un Estado a otro, ya por anexión o por otro título, está sujeta á estas normas: 1°. Cambian de nacionalidad los ciudadanos del Estado que ha perdido el territorio, pero no los extranjeros domiciliados o que tienen bienes en el territorio, a quienes no puede afectar la soberanía del nuevo Estado; 2°. Aun con respecto a los

primeros, el cambio de nacionalidad ocurre cuando residan en el territorio, pero no cuando se encuentren en él transitoriamente. La soberanía del nuevo Estado no comprende a las personas nacidas en el territorio en el momento del cambio, cuando los padres no estuvieren domiciliados.

Las nuevas orientaciones del Derecho internacional tratan de conceder la influencia, hacer depender de la voluntad individual a las personas que habitan en el territorio que pasa a otro Estado; y desde el siglo XIX el plebiscito y la opción han adquirido un gran desarrollo y aceptación.

El plebiscito, pensamiento predilecto de Napoleón III y de Cavour, y que fue uno de los principios fundamentales del derecho de las naciones en el proyecto que estuvo estudiando la constituyente de la revolución francesa en 1792, fue aplicado en Europa, en el año de 1860 para la incorporación de Saboya y Niza a Francia en virtud del Tratado de Turín. Este sistema, que innegablemente es el verdaderamente democrático en la estabilidad jurídica de la anexión, porque subordina o sacrifica el derecho de la fuerza al derecho de las personas, a la voluntad de los ciudadanos y de los habitantes del territorio conquistado, para que el cambio pueda tener validez o no validez jurídica de acuerdo con el voto emitido por la mayoría de los habitantes, seguramente tendrá que imponerse en los postulados del Derecho internacional; y se impondrá, formará parte del código de las naciones, cuando el imperio de la fuerza ceda su puesto al imperio del derecho y cuando el principio básico de todos los derechos —tanto del público como del privado—, sobre que las personas tienen primacía sobre las cosas, éstas deben depender de aquéllas, sea aplicado en toda su integridad y con toda sinceridad. Francia ha sido la abanderada del plebiscito.

La teoría del plebiscito, de que venimos ocupándonos, fue sostenida y defendida por el presidente Wilson en el segundo punto de su discurso de 4 de julio de 1918; y en la guerra europea tuvo una aplicación bastante amplia. De acuerdo con el tratado de Versalles se estipuló que debían celebrarse plebiscitos para varios territorios, como con respecto a la Prusia oriental y parte de la occidental, en la Alta Silesia, y en la cuenca del Saar, plebiscitos que se llevaron a efecto.

Previo acuerdo de los Estados interesados —cláusula de opción—, puede concederse a los nacionales del territorio anexado el derecho de comunicar a las autoridades correspondientes, en un plazo determinado, que quieren conservar la nacionalidad antigua, perdida por el cambio de soberanía. Este derecho de opción es tan antiguo, o tan generalizado, que puede considerarse como un derecho consuetudinario. El ejercicio de este derecho trae consigo el deber de la emigración, o el traslado de la residencia; pero quedándole al reñicola que opte por su antigua nacionalidad, el derecho de conservar el dominio sobre los bienes raíces que posea en el territorio separado.

La declaración del padre, «pater familias», sirve también en general para los hijos sometidos a su patria potestad y la del marido para su mujer. Esto es lo que se llama opción colectiva.

En el tratado de Versalles se consagró la cláusula de opción, con excepción de Alsacia y Lorena. Se dice en este pacto, en relación con los nacionales alemanes, que «las personas que hagan uso del derecho de opción



deberán trasladar su residencia a Alemania en los doce meses siguientes y podrán conservar los bienes inmuebles que posean en dicho territorio y llevarse sus bienes muebles sin pagar impuesto alguno de importación o de exportación».

En el protocolo de Río de Janeiro, celebrado con nuestra patria por la república peruana, de 1933, sobre interpretación del tratado colombiano de 1922, motivado por la ocupación de Leticia, se estableció la cláusula de opción, para los colombianos y los peruanos residentes en el territorio mencionado, que estaba bajo la soberanía peruana antes del Pacto Lozano-Salomón.

---

### MODOS PARTICULARES DE ADQUIRIR

Entre estos modos, el principal es el de la ocupación, que consiste en el establecimiento de la soberanía territorial, del imperium, sobre un territorio que no pertenece a ningún Estado.

A diferencia de la conquista, la ocupación supone que los territorios adquiridos internacionalmente no pertenecen a ningún otro Estado; y en contrario, no pueden ser materia de ocupación los territorios que pertenecen a la soberanía de un Estado que esté fuera de la comunidad internacional; la adquisición fundada en un acuerdo con Estados a los cuales pertenece el territorio, no es una forma primitiva u originaria de adquisición de soberanía territorial, sino derivada.

Las tribus nómadas no son Estados en el concepto del Derecho Internacional aun cuando vivan sometidas al señorío hereditario de sus caudillos; y, por consiguiente, los tratados celebrados con ellas no pueden ser título eficaz para la adquisición derivada de soberanía territorial. Sirven a lo sumo tales tratados como prueba indicial de que otro Estado se ha establecido antes en el territorio a que se refieren los tratados celebrados con las tribus.

La ocupación exige estas condiciones: soberanía efectiva sobre el territorio y dominación permanente; y es distinta de la llamada delimitación de las esferas de intereses, «Interland», de la cual hablamos; y difiere igualmente, de la ocupación militar y del protectorado internacional sobre un Estado ya existente. Pero a veces es difícil determinar en algunos casos si existe realmente la soberanía efectiva de que se ha hablado; pero basta que la autoridad pueda defender el territorio contra ataques exteriores y mantener el orden interno y la paz, para que la soberanía efectiva sobre el territorio ocupado sea cumplida. El nuevo descubrimiento de un territorio desconocido o la simbólica posesión de él —izando la bandera, etc.—, no es suficiente de conformidad con lo expuesto, para el establecimiento de una nueva soberanía.

---

## POBLACION DEL ESTADO

La población del Estado está formada por el conjunto de las personas que residen en el territorio, principalmente por los súbditos o nacionales. Estos están sometidos a la autoridad de su patria, no tanto por la soberanía territorial, cuanto por el vínculo jurídico de la nacionalidad, que los cobija aunque residan en territorio de otros Estados.

La ley constitucional o el derecho interno de cada Estado reglamenta las formas o modos de adquisición y de pérdida de la nacionalidad.

La nacionalidad, según las más nuevas teorías de Derecho internacional privado y público, es un vínculo de carácter esencialmente político en virtud del cual una persona natural está unida a una nación que tiene personería internacional. Esto quiere decir que en derecho natural todo ser humano está unido a una patria y no puede tener más de una nacionalidad o de una patria. Sin embargo, por la diferencia de sistemas en las legislaciones y por los choques o colisiones que se presentan con ocasión de tales sistemas hay personas naturales que pueden tener varias nacionalidades, más de una; y hay otras personas que carecen de nacionalidad o de patria. Estas personas, los sin patria, se llaman heimathlosen.

Los dos sistemas principales que rigen para la determinación del vínculo de la nacionalidad son los del nacimiento —jus sanguinis—, con relación a los padres, esto es: que la nacionalidad es la de los padres, sistema seguido desde el Derecho Romano y que es el preferido por las naciones europeas; y el del suelo, o jus soli, o sea que la nacionalidad se determina por el hecho del nacimiento en el territorio del Estado donde ocurre este hecho. Este sistema fue el aplicado en el régimen feudal y es el seguido principalmente por las naciones hispanoamericanas. Pero ninguno de estos dos sistemas o fuentes de nacionalidad por sí solo es suficientemente eficaz para la determinación del vínculo político que une al hombre con la patria; y cada uno de estos sistemas aplicado con exclusión del otro, da lugar a conflictos muy graves e insolubles. Por esta razón la tendencia moderna es la de combinarlos y la de incorporarles el elemento del domicilio; porque es indudable que la unión por la sangre exclusivamente, o la unión al suelo en la misma forma, no pueden ser vínculos suficientes y científicos para crear y determinar adecuadamente la nacionalidad.

La Constitución de Colombia, en el título que define y reglamenta la nacionalidad, consagra el jus sanguinis y el jus soli, combinado con el domicilio o jus domicili.

Las cuestiones relativas a la nacionalidad, frente a la diversidad de escuelas y criterios, dan lugar a conflictos internacionales que deben solucionarse por medio de tratados o de acuerdos relativos a este punto.

Se ha intentado, pero sin resultado positivo hasta el presente, la celebración de tratados colectivos sobre la nacionalidad.

La nacionalidad se pierde, de acuerdo con casi todas las legislaciones del mundo, salvo Italia y Rusia, por la adquisición de la nacionalidad en otro Estado, acompañada de la residencia o domicilio en él por parte de la persona que ha cambiado de nacionalidad. Este fenómeno se llama naturalización.



El Estado protege a sus súbditos o reñícolas, residan en el propio territorio o en territorio extranjero, contra las injusticias de que mediata o inmediatamente hayan sufrido o con que se les amenace en el trato internacional por un Estado extraño.

La protección de los súbditos contra las injusticias de otro Estado o de otros, ya sean realizadas por órganos representativos del Estado, o por negligencia, complicidad de estos órganos, cuando son los particulares los autores del delito, es una consecuencia de la idea fundamental del Derecho Internacional Público; es una manifestación de la soberanía de los Estados.

Algunas naciones como Alemania, consagran en el texto de las constituciones la protección a sus nacionales. Pero este derecho, como ningún otro, puede llevarse al extremo de emplear la protección, usar de ella, por cualquier futilidad o pretexto. El ejercicio de este atributo conduce a la llamada «protección diplomática», la cual ha sido muy usada por las naciones imperialistas contra las naciones débiles; y la que, muchas veces, se ha extendido indebidamente. La «protección diplomática» sólo se justifica cuando hay denegación de justicia, o cuando se dilata injustificadamente la sustanciación de los juicios o de las causas y cuando el Estado, donde se ha cometido la ofensa, no tiene los medios legales necesarios para la competente administración de justicia. Para que el extranjero pueda ejercitar el derecho a provocar una reclamación diplomática, a buscar la protección de su nacionalidad, de su patria, es indispensable que primero haya hecho uso de todos los medios y recursos legales, del orden administrativo y judicial, que brindan las leyes del país contra el cual se queja o pretende quejarse.

A pesar del derecho a la protección que tienen los reñícolas de cada Estado, por virtud del ejercicio de la soberanía, es preciso advertir que los nacionales no pueden considerarse como sujetos de derecho internacional público, porque solamente el Estado es sujeto de esta rama jurídica. Pero los nacionales gozan de los derechos garantizados por el derecho internacional, cuando pertenecen a un Estado que es miembro de la comunidad internacional.

---

*Impotencia Coeundi  
y Generandi*



Médico Legista ponente:  
JULIO ORTIZ VELASQUEZ



# *Impotencia Coeundi y Generandi*

## Capítulo I

Señor  
JUEZ  
E. S. D.

En el expediente que por "Corrupción de menores" se sigue en ese Despacho contra Elpidio Filemón, en la persona de Rosa Vanozza, dispuso su Señoría que se practique un examen en la persona de aquél, y se dictamine "sobre su estado mental y demás condiciones fisiológicas que permitan presumir que el sindicado conforme a su edad (70 años) ha entrado en decadencia y deficiencia orgánica y que nó es apto para la realización del cóito porque la flacidez de su pene y demás condiciones individuales lo imposibilitan para la complacencia sexual". (Fls. 56).

En atención a lo solicitado, por tres veces interdiarias hemos examinado al sindicado, estudiamos el expediente y el resultado pasamos a expresarlo así:

### — LOS HECHOS —

Rosa Vanozza, de unos trece años de edad, fué víctima de abusos deshonestos el nueve de septiembre de mil novecientos cua-

renta y siete, por parte de Elpidio Filemón a eso de las doce del día.

Refiere ella que cuando su madre se ausentó de la casa, se acercó a ella Filemón y cogiéndola por mal, comenzó a tocarla por todas partes de su cuerpo, llegando hasta tratar de introducirle el miembro en su órgano genital, cosa que impidió porque pudo voltearse. Agrega la ofendida: "sin embargo continuó manoseándome por todas partes y me decía que le tocara eso a él y me mostraba la parte por donde orina; pero como me negara me cogió por mal la mano y me la llevó a esa cosa y hacía que le sobara. Cuando notó que unos vecinos de mi casa lo estaban viendo, se levantó rápidamente y salió huyendo". (Fls. 20).

Los testigos citados por la menor responden a los nombres de Zobeida, Pulqueria y Eufrosine. Las tres están acordes en afirmar que vieron cuando la citada menor le cogía y manoseaba el miembro viril a Filemón, quien tenía desabrochada la bragueta de sus pantalones.

Una de las testigos, Eufrosine, dice que vió cuando la menor Vanozza, le tocaba el miembro viril a Elpidio, pero que éste nó la tocaba a ella.

En cambio, el sindicato asegura no ser cierto lo aseverado por la Vanozza. Y las menores que declararon haberlo visto en actos deshonestos, se limitan a afirmar que la Vanozza manoseaba el miembro viril de Filemón, pero ninguna de ellas vió que éste manoseara a aquella.

#### — EL SINDICADO —

Elpidio Filemón, de unos setenta años de edad, es hijo de Antonio y de María de Jesús, pide limosna para su sostenimiento, es casado con María Dolores Croce, ya fallecida, según afirma él, pero hay constancias sumariales de que no es viudo, que su mujer vive y no lleva con él vida marital, (Fls. 16 y otros), que él no trabaja debido a sus muchos años, y pide limosna.

En sus antecedentes personales y hereditarios no hay nada digno de anotar.

#### — EXAMEN SOMATICO —

Es el sindicado un individuo enflaquecido, de un metro con setenta centímetros de estatura, de color moreno, cara arrugada; con arrugas múltiples en el abdomen y regiones glúteas.

En sus aparatos circulatorio, hay endurecimiento de las ar-



terias; digestivo y respiratorio normales, a excepción de algunos signos de bronquitis crónica, lo que es muy frecuente en los sujetos de edad avanzada.

Sus reflejos rotulianos, son también normales. En los dedos de las manos se ve el temblor senil. El ojo derecho en midriasis permanente y sin visión de lejos. Organos genitales, normales.

### — EXAMEN PSIQUICO —

Es un sujeto que puede ser influenciado fácilmente por palabras o actos de los demás. Le falta espíritu crítico que le permita discernir la acción sugestionadora o perturbadora de los que lo rodean, y contesta siempre en forma imprecisa, dejándose conducir fácilmente a afirmar lo que se le insinúe.

He aquí algunas de las muchas respuestas que nos ha dado en el curso del examen:

Preguntado: Cuánto vale un par de panela? Responde: Es que la vida está muy cara, creo que cuesta un condor (diez centavos). Preguntado: Si usted tiene veinte centavos, cuántos pares de panela compra con ellos? Responde: Yo no se. Preguntado: Cuánto tiempo hace que usted enviudó? Responde: Siempre hace añitos. Preguntado: Pero cuántos hará, veinte años? Responde: Sí señor, por ahí. Preguntado: Pero usted me había dicho que hacia cuatro años. Responde: Sí señor, así será. Preguntado: Cuánto hace que usted se casó? Responde: Ya hace tiempito. Preguntado: Pero cuántos años, más de diez? Responde: Sí señor. Preguntado: Más de veinte años? Responde: Sí señor. Preguntado: No serán cincuenta años? Responde: Sí señor; así será. Preguntado: A usted todavía le gustan las mujeres? Responde: (riéndose infantilmente). Sí señor. Preguntado: Todavía tiene erección de su miembro viril? (parece no entender la pregunta y después de algunas explicaciones se ríe) Responde: Sí, pero poco.

No sabe leer ni escribir.

Estudiando sus elementos psíquicos, tales como atención, percepción, ideación, afectividad, voluntad, memoria, etc., se descubren en el examinado datos interesantes.

Así, por ejemplo, su atención es regular en calidad y mala en duración: fácilmente se fatiga.

Su memoria presenta las lagunas propias de las personas de edad avanzada.

En su percepción no hay ilusiones ni alucinaciones. La idea-

ción es mala. Su orientación en el tiempo es mala; no sabe en qué día estamos hoy, ni el año, etc. Su orientación en el lugar, es también mala. Así, por ejemplo, en la penúltima visita a nuestra Oficina, fué conducido a ella por un agente de policía que lo trajo del barrio de la América, lugar de su residencia, y lo dejó conversando con nosotros. Terminada la entrevista, se le dieron cinco centavos para pagar el tranvía: se fué a la Plaza de Cisneros, se subió a un tranvía, y resultó en Buenos Aires.

Su afectividad es superficial, a pesar de que su mujer vive, él dice que es viudo, y no manifiesta cariño por sus familiares.

En su esfera volitiva hay abulia, apatía, indecisión, sugestionabilidad, de modo que se le pide una respuesta y se le contradice; varía de parecer; duda de lo que ha dicho, y sus conceptos quedan en la incertidumbre más infantil, afirmando siempre lo que quiere su interlocutor, a no ser que se relacione con la imputación del delito de que se le sindicó, porque entonces sí dice enfáticamente: Eso fué un abuso; yo no le dije ni hice nada a esa muchacha.

Hay, pues, en él una marcada decadencia psíquica a causa de sus años.

En cuanto a que sea o no capaz de verificar el cóito normalmente, no disponemos de elementos que nos permitan pronunciarnos en uno u otro sentido. El hecho de que haya sido visto por las tres testigos mencionadas, cuando la Vanazza le sobaba el miembro viril, a insinuación de Elpidio Filemón, es un indicio más que admisible de que al sindicado ya le cuesta trabajo entrar en erección y tiene que valerse de las manos de la muchacha, o persona a quien desea usar sexualmente, para que le haga tales masajes; y según parece, ni aún así entra en erección, pues según constancias sumariales, el acto genésico con la Vanazza no se consumió. Si él estuviera con plena capacidad coeundi, es decir, con capacidad para verificar el ayuntamiento carnal, su miembro entraría en erección con la sola vista o proximidad del objeto deseado; y no fué esto precisamente lo que le ocurrió con la Vanazza, sino lo contrario, no entró en erección, y él hubo de contentarse con tocarle los órganos genitales externos a ella, y conque ella le tocara a él su miembro viril.

### Deducciones.

De lo anteriormente expuesto deducimos que, Elpidio Filemón, es hoy un débil mental en grado marcado; que como hombre



que se encuentra en los postreros días de su vida cuando se acerca el fin de la misma, siente renacer la esperanza de una potencia coeundi que ya no le pertenece, o que ha perdido casi por completo, sensación de fuerza que ya no es más que el engaño de una última llamarada del instinto y del sexo.

## Capítulo II

Señor  
JUEZ  
E. S. D.

En el sumario que por el delito de "corrupción de menores se sigue en ese Despacho contra Alcibiades Piza en la persona de Eufrosina Casia dispuso su Señoría "que por los médicos legistas se hará reconocer al procesado Piza para que digan si era impotente a la fecha de los sucesos".

En atención a lo solicitado, examinamos al procesado y estudiamos el expediente, y el resultado pasamos a exponerlo así:

Antes de entrar a resolver la cuestión propuesta, queremos hacer algunas consideraciones sobre lo que se entiende por impotencia coeundi, o sea, la imposibilidad permanente o frecuente para la realización del cóito.

La condición de este estado, es la falta de la erección del miembro viril, o su imperfecta erección.

En el hombre se encuentra la impotencia orgánica, que es clara en su interpretación médico-legal; y la psíquica que a su vez puede ser pseudo-impotencia; y la impotencia psicopática. La psíquica comprende fracasos aislados por emoción inhibitoria, deseos prolongados, fobias, asco.

La psicopática comprende estados mal interpretados como formas psíquicas, porque no hay lesión evidente y por no ser estable, porque en verdad responde a causas físicas, semifuncionales, semiorgánicas, y cuya fórmula constitucional sería, según el profesor doctor Nerio Rojas, hipogenitalismo, hiperemotividad, astenia; y la pséudo-impotencia, comprende las fobias puras, imaginación, perversión sexual, distracción.

En las causas orgánicas tenemos las de causas locales como mal formaciones del pene, destrucción traumática o quirúrgica en las operaciones de las hernias, o cicatriciales, en las causas generales, se cuentan: las caquexias, debilidad profunda, tabes, pa-

rálisis general, claro que en su período final, pues al principio de esta enfermedad, lo que predomina en el enfermo es una sobre excitación genésica permanente que los lleva a verificar el cóito con frecuencia inusitada en los seres normales.

La impotencia fisiológica la hallamos en la niñez y en la vejez extrema.

En los niños la erección no existe, aun cuando no es raro ver, a veces, en ellos erección de su miembro viril, en las primeras horas de la madrugada, por la repleción de su vejiga. Y en los muy ancianos se nota también la erección por la misma causa. De ahí viene la expresión muy gráfica con que se suele aconsejar a algún amigo o relacionado que pretende contraer matrimonio en edad avanzada, y se le dice amistosamente: Piense bien el paso que va a dar, pues talvez lo que Uld. tiene, no es deseo de casarse, sino de orinar.

La actividad sexual se inicia en nuestro medio, en el niño a los catorce años, y cesa de acuerdo con las conservaciones clínicas, cerca a los 80 años en el hombre. Hay que tener presente que en biología nada es matemático. Hay casos de paternidad precoz, como el citado por Klose en un niño de nueve años, el de Hirst en uno de trece, y en un caso conocido por nosotros en un niño de trece años, y Leprince los justifica por el hallazgo de espermatozoides antes de esa edad. La erección aparece precozmente en el niño; en cambio, la eyaculación se produce mucho más tarde, como resultado de la función del testículo.

Hay también casos de paternidad tardía, como el siguiente, relatado por el Dr. Julio Robiglio, argentino, se trata de un habitante de la Patagonia, nacido en los desiertos del sur, hace la friolera de ochenta y ocho años. Inició su vida sexual a los 18 o 20 años. Se casa y tiene varios hijos. Enviuda y se hace a una concubina cuando él tenía más de 70 años, con la que tiene un hijo —sin ayuda alguna, pues viven en el desierto.— Más tarde traba relación con otra mujer, con la cual contrae matrimonio, previo "maridaje de prueba", durante el cual tuvo un hijo que falleció por raquitismo. A los 88 años la embaraza nuevamente, y la niña trae en su físico estigmas paternos evidentes; raquitismo, escasez de peso, que revelan la ancianidad del progenitor que no pudo transmitirle elementos vigorosos y completos.

Interrogada la mujer, que tiene 27 años, es viuda y ha tenido seis hijos, sobre la capacidad sexual de su esposo, dice que



"es capaz". Según ella, la erección se realiza casi normalmente, "el pene queda erecto pero no es muy duro", a pesar de ello el cóito se realiza con satisfacción para ella. Es de notar que esas erecciones se presentan hacia la madrugada (posiblemente por repleción de orina), y pasan a veces varios meses en que existe verdadera impotencia.

El caso referido demuestra una vez más lo reñida que está la realidad con la estadística; y como el hombre puede, en los postreros días de su vida, cuando se acerca el fin de la misma, sentir renacer la esperanza de una potencialidad que ha perdido casi completamente. Sensación de fuerza que no es más que engaño de una última llamarada del sexo que le da un hijo que vendrá decrepito, que no podrá proteger por mucho tiempo, y no podrá defenderlo de las consecuencias lógicas de su decaimiento, porque al hijo le faltan muchos años para tener esa capacidad, y el padre en cambio solo tiene ante sí pocos días de vida.

No hay que ir hasta la Patagonia para demostrar que la vida no termina mañana; que sesenta y dos años e impotencia, bien sea coeundi o generandi, no son sinónimos. Casos similares al que relatamos como ocurrido en esas lejanas tierras, las hallamos entre nosotros a cada vuelta de esquina.

De entre ellos, estos: Hace más o menos cincuenta años, presencié en ésta ciudad las ceremonias religiosas del matrimonio que contrajo un sujeto de setenta y tres años de edad con una joven, quien sólo llegaba a los veinte años de existencia. Algunos de los hijos de este matrimonio, viven o han vivido en Bello, la patria chica del procesado.

Otro caso más reciente. En octubre de mil novecientos cuarenta y seis, un distinguido negociante de esta ciudad, de unos sesenta y ocho años de edad, viudo desde seis meses atrás y padre de una numerosa familia, diez y seis hijos, contrajo matrimonio con una respetable dama de esta ciudad, también viuda, la cual hace muchos años pasó las fronteras de la madurez. Pues bien, cuando él, a una edad tan respetada y respetable reincide en las contingencias de un segundo matrimonio, sus razones tendrá, ya que no siente apagada la llamarada del instinto del sexo.

Hechas las anteriores anotaciones, continuamos nuestra exposición:

## — LOS HECHOS —

El día veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y seis, a eso de las seis o siete de la noche, Alcibiades Piza, de sesenta y dos años de edad y casado, fué sorprendido por Berenice X y Ana Judit Z., en actitud de estar realizando el acto genésico con la menor Eufrasina Casia en el establecimiento de carnicería de aquél, situado en el área urbana del Municipio de Bello, Departamento de Antioquia.

La menor, a Fls. 3 y siguientes del proceso, dice que esa noche don Alcibiades la cogió de la mano, la entró al local de su carnicería y verificó con ella el acto sexual, que le dolió algo pero no mucho porque ya él había hecho eso mismo con ella en otras veces en el año próximo pasado.

Por su parte, el procesado dice que él es incapaz de usar mujeres por su edad avanzada —sesenta y dos años—, y alega insistentemente que él es impotente. Para sustentar su afirmación cita los nombres de dos médicos que lo han tratado para esta anomalía, el uno es una verdadera cima, el orgullo del cuerpo médico por sus profundos conocimientos, pulcritud y corrección en el ejercicio de su profesión, es el Dr. G. quien no recuerda haber tratado al procesado para la impotencia invocada, dice únicamente que "él atendió hace varios años, (26) al señor Piza en el Hospital de San Vicente, para una enfermedad que no es la mencionada por éste".

En efecto, el citado doctor con fecha veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, se expresa así: "hace varios años (26) atendí y examiné en el servicio de Clínica Tropical del Hospital de San Vicente, al señor Alcibiades para una meningitis sifilítica. Después le atendí varias consultas para esta enfermedad".

El otro médico sí dice que trató a Alcibiades para una impotencia, sin mencionar en que fechas empezó y terminó dicho tratamiento. No sabemos hasta dónde pueda dársele fé a este último testimonio, pues en el proceso no consta una sola fórmula de las expedidas por el citado médico con tal fin.

En las varias entrevistas que tuvimos con el procesado, nos manifestó que hace varios años que es impotente, pero a poco que se le acosa en el interrogatorio, dice que su impotencia no es total, que su miembro sí se pone erecto, aunque no completamente duro, pero que siempre puede realizar el cóito con su mujer, cada



dos o tres meses, y que termina muy cansado porque la eyaculación no es muy rápida.

No hay en el expediente dato alguno que obre en favor de la impotencia pretextada por el sindicato, solo hablan algunos declarantes de confidencias que aquél les ha hecho después de iniciado el proceso, pero ni uno solo afirma que le conste que padece tal anomalía.

### — EL PROCESADO —

Es casado, carnicero de profesión, de color blanco. Físicamente representa tener los sesenta y dos años que constan en su partida bautismal.

Alto de estatura, buena complexión general, cabello cano, ojos vivaces, con buenas reacciones a la luz y a la acomodación; tórax amplio: sus reflejos patelares, cutáneos y cremasterianos, normales.

Sus testículos son normales; su miembro viril, en estado de flacidez, mide catorce centímetros de largo por nueve de circunferencia. Son, pues, normales sus órganos genitales. No existen en él signos de parálisis general, tabes ni caquexia alguna.

Romberg negativo: no hay temblor de la lengua, ni de las extremidades de los dedos. Marcha, normal. Sus sistemas respiratorio, digestivo, circulatorio y génito-urinario, normales. En el frenillo tiene una cicatriz de chancro, recibo innegable de la sífilis que lo aquejó hace varios años, y para la cual fué tratado por el Dr. G.

En sus antecedentes personales figuran, además fiebre tifóidea y blenorragia, la cual afectó un testículo.

En su matrimonio no ha habido descendencia, a pesar de sus treinta años de casado.

En su esfera psíquica, el procesado se presenta al interlocutor, tranquilo; contesta con prontitud a las preguntas que se le hacen; su voz es clara, sin vacilaciones; su atención, memoria y juicio normales, y su percepción correcta. No hay en él ilusiones ni alucinaciones. Es, pues, un sujeto psíquicamente normal.

No encontrando en el procesado trastornos psicopáticos, ni causas de orden orgánica, ni hipogenitalismo, ni hipospadía, ni hiperemotividad capaces de explicar los fracasos que dice tener en la realización del cóito, y no siendo su edad (62 años) suficiente para admitir su pretendida impotencia, tenemos que conceptuar co-

mo en efecto lo hacemos, que Alcibiades Piza no es un impotente total su apetencia sexual y la erección de su miembro viril se hallan conservadas, aunque no con la fuerza de sus años juveniles; y el mismo procesado acepta esta afirmación, cuando nos manifiesta en sus entrevistas sostenidas con nosotros, que viene declinando, pero que se siente en ocasiones suficiente con su mujer, practicando el acoplamiento cada dos o tres meses; y si es suficiente con su mujer, también puede serlo con otra, conceptuamos nosotros.

Es nuestra opinión.

Julio Ortiz Velásquez

---



TRIBUNAL SECCIONAL DE MANIZALES

---

*El Derecho  
de Jubilación*



POR EL DR.  
ALBERTO ARIAS GUTIERREZ

Acta de la Audiencia de Juzgamiento  
en el negocio de Mario Gómez García contra  
The Royal Bank of Canada

---

TRIBUNAL SECCIONAL DEL TRABAJO

Manizales, noviembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y nueve.

En la presente fecha, y siendo las dos p.m., se reunió el Tribunal, presidido por el Magistrado sustanciador doctor Arias Gutiérrez, y después de retirarse a deliberar por algún tiempo, adoptó por unanimidad la sentencia que se copia a continuación, la cual fué leída en alta voz por el suscrito Secretario, con el fin de surtir su notificación en estrados.

El señor Mario Gómez García, mayor y vecino de Manizales, obrando por intermedio del abogado Dr. Alix B. Saffón Buitrago, demandó a la sociedad bancaria "The Royal Bank of Canadá", domiciliada en Bogotá y representada por su gerente general o Supervisor, señor B. T. Bradbury, con el fin de que fuera condenada a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación, por la suma de trescientos treinta y cuatro pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 334.45), a partir del cinco de septiembre de 1948. Subsidiariamente para que se condene al pago de la misma pensión de jubilación, por la suma que resulte probada en el juicio o en incidente aparte. Y como segunda petición subsidiaria se hizo la siguiente: "En subsidio a las dos peticiones anteriores, que se haga el mismo reconocimiento y se instituya la misma obliga-



ción, por la suma de dinero que se deduzca en el juicio o en incidente aparte, como perjuicios por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la Entidad demandada". Se agrega que al acogerse cualquiera de esas peticiones, debe autorizarse a la entidad demandada para descontar un veinte por ciento (20%) del monto mensual de la pensión de jubilación, hasta completar la suma de tres mil quinientos noventa y un pesos con cuarenta y siete centavos (\$ 3.591,47), que el actor recibió como auxilio de cesantía.

Con fundamento de la demanda se enunciaron los hechos que a continuación se resumen: Gómez García entró a trabajar a la Sucursal que en Manizales tuvo "The Royal Bank of Canada", desde el 5 de septiembre de 1928 y continuó allí en distintos campos y devengando diferentes sueldos, en forma continua, hasta que se operó el cierre de la citada sucursal el 16 de julio de 1948: el contrato de trabajo se inició verbalmente y el 11 de julio de 1940 se consignó por escrito, cuando el asalariado desempeñaba el oficio de Cajero, pero posteriormente ocupó otros cargos, sin que se hubiera extendido nuevo contrato por escrito: Gómez García percibió diversos sueldos, y desde el primero de enero de 1947 al 30 de junio del mismo año ganó a razón de \$ 390.00 mensuales, habiéndole sido aumentada la remuneración a \$ 430.00 al mes, hasta la fecha de cierre de la sucursal de Manizales; también le fueron pagadas primas semestrales, de acuerdo con costumbre de la entidad empleadora, que ascendieron a \$ 390.00 y \$ 430.00 en el año de 1947, pero esa bonificación no se pagó a los trabajadores de la Sucursal de Manizales por el primer semestre de 1948; el empleado desempeñó sus labores con consagración, competencia, honradez, buena conducta y plena capacidad; las Directivas superiores de la sociedad bancaria enviaron al señor Charlis Robertson, como visitador, con el fin de dar todas las órdenes e iniciar todas las gestiones tendientes a clausurar las actividades de la Sucursal de Manizales; el señor Robertson, en ejercicio de sus facultades, preguntó a todos los trabajadores de dicha Sucursal, si querían ser trasladados a otras de las oficinas que el Banco tiene en ciudades colombianas, y de ello se dejó constancia en una lista especial; el demandante manifestó su aceptación para ser trasladado a cualquier Sucursal del Banco, preferentemente a las de Cali, Medellín o Bogotá, y ese deseo lo reiteró verbalmente y por escrito; el visitador Robertson advirtió al empleado Gómez García que, en caso de no ser trasladado a otra Sucursal, el Banco le reconocería su derecho

a la pensión de jubilación; posteriormente, y en carta de 14 de julio de 1948, se le comunicó al reclamante que el Banco no disponía de puestos vacantes; y, agrega el apoderado del actor "... en la anterior comunicación el Banco relievra sus intenciones insanas de negar a mi representado todo derecho adquirido y prometido, pues, sí tenía puestos vacantes en otras sucursales".

Por medio de Juez comisionado se notificó la demanda en Bogotá al señor Basil Thomas Bradbury, ciudadano extranjero, quien, con el carácter de Supervisor, o Gerente General de "The Royal Bank of Canadá" en Colombia, confirió poder al doctor E-lías Gómez Robledo para llevar la representación de esa entidad en el juicio. El doctor Gómez Robledo sustituyó ese poder, con todas las facultades, al doctor Jaime Hoyos Arango.

El apoderado de la parte demandada aceptó como verdaderos los hechos que en la demanda aparecen en los apartes primero, tercero, undécimo, decimoquinto y decimosexto; negó otros y aclaró ciertas circunstancias, para terminar oponiéndose a que se hagan las declaraciones imploradas, pues propone las excepciones de "carencia de acción y de derecho" y "petición de un modo indebido".

La parte opositora acepta que Gómez empezó a trabajar a su servicio desde el 5 de septiembre de 1928 y siguió en forma continua hasta el 25 de junio de 1948, cuando fué cerrada la Sucursal de Manizales; sostiene que le pagó al empleado un mes de preaviso, por razón de la clausura de labores, lo mismo que la compensación en dinero por las vacaciones del último año; niega lo del ofrecimiento de un traslado a otra de las Sucursales del Banco y advierte que el visitador Robertson no tenía facultad para otorgar empleo a persona alguna. La negativa a satisfacer la pensión de jubilación la apoya en el hecho de que el demandante no alcanzó a completar veinte años de servicios, como lo exige la ley.

Al negocio se le dió una tramitación adecuada en el Juzgado de Primera Instancia y si hubo demora para la decisión, ello se debió a una prudente espera en relación con el diligenciamiento de exhortos librados a funcionarios comisionados, y en especial de uno que se envió a Venezuela.

En sentencia pronunciada en audiencia del 17 de octubre de este año, el señor Juez Primero del Trabajo de Manizales desató la litis con un serio estudio y concluyó absolviendo a la entidad demandada de todos los cargos formulados. Ese proveído trae como



consideraciones principales las siguientes: a) que el actor trabajó al servicio del Banco durante 19 años, 10 meses y 11 días; b) que la parte demandada dió por terminado el contrato, ajustándose para ello a las disposiciones sociales conforme a la ley; d) que no habiendo estado al servicio del Banco el tiempo requerido por la ley para tener derecho a la pensión de jubilación, ni existiendo fundamento legal que la justifique, carece de derecho para exigir dicha prestación, por lo cual debe negársele.

Como el apoderado del actor interpuso apelación contra esa sentencia, recurso que le fué concedido, fueron enviados los autos a este Tribunal el 19 del pasado mes, y siendo ahora la oportunidad para resolver, a ello se procede, tratando de sistematizar los temas más importantes que ofrece el asunto.

### TIEMPO DE SERVICIOS

\* El artículo 8o. de la ley 95 de 1946 dispuso lo siguiente: "Los empleados de los Bancos al cumplir veinte (20) años de servicio continuo, cualquiera que fuere su edad, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio del sueldo devengado en el último año de servicio". X

La norma transcrita, que sirve de soporte principal a la demanda, exige como requisito de la pensión de jubilación para los empleados de Bancos un servicio continuo por veinte años. Y de acuerdo con criterio unánime de Juzgados y Tribunales, en lo que hace a esta materia, es indiscutible que la citada prestación vino a amparar también a los individuos que estaban prestando servicio a tiempo de entrar a regir, computándoseles para el efecto del período trabajado en forma continua con anterioridad al 30 de diciembre de 1941. Se ha entendido que si bien es cierto que la ley tiene efecto retrospectivo, porque mira al pasado, no puede tildársela de retroactiva, ya que no lesiona derechos adquiridos, es decir, situaciones jurídicas concretas. Basta decir aquí que este asunto fué definido por la Corte Suprema, en doctrina sentada en fallo de 7 de noviembre de 1933, a propósito de la acusación de la ley 1a. de 1932, sobre pensiones a favor de los trabajadores ferroviarios.

No hay duda sobre la fecha de ingreso del trabajador, ya que en la demanda, en la respuesta a ella y en el contrato escrito que está a folios 3 y siguientes, se reconoce que esa fecha fué el 5 de septiembre de 1928. A partir de allí, el servicio de Gómez Gar-

cía fué continuo en la Sucursal del Banco en Manizales, variando únicamente la remuneración y las labores que se le encomendaron. En cuanto a la fecha de retiro, los litigantes no resultaron de acuerdo. El actor sostiene que trabajó hasta el 16 de julio de 1948; el apoderado de la parte demandada replica que las actividades de la Sucursal del Banco en Manizales terminaron el 25 de ese año. Veámos lo que indican las pruebas:

Por oficio de 16 de junio de 1948 (f. 40), el gerente A. S. Hamilton le comunicó a Mario Gómez G., que la Casa principal había tomado la determinación de cerrar definitivamente la Sucursal de Manizales, y que el trabajo concluiría el 30 de los mismos mes y año. Los testimonios dan a entender que efectivamente la finalización de actividades bancarias para el público en la Sucursal de Manizales ocurrió el 25 de junio de 1948, pero esos mismos testimonios, y en especial los de Apolinar Ospina, Nelson Duque Trujillo, Carlos Hoyos y Jesús María Echeverri, indican que algunos de empleados continuaron colaborando con el Gerente en el arreglo de archivos, incineración de papeles y otros oficios, hasta el 16 de julio siguiente. Los que así obraron explican que ese trabajo adicional no obedeció a una imposición del patrono, sino que ellos lo hacían para prestar generosa ayuda al gerente Hamilton y porque además el Banco hacía accedido a pagarles los sueldos hasta el 16 de julio, ya que el preaviso no se les había dado sino con catorce días de anticipación. Lo anterior se confirma una vez más con la declaración de Mr. Hamilton (f. 85), y con el comprobante que fué desglosado y que está en copia al folio 39.

De allí se desprende que es acertada la conclusión del Juzgado de primera instancia, cuando dice que el actor trabajó por un período de 19 años 10 meses y 11 días, computando el último lapso en el cual prestó su colaboración para los fines de arreglo de archivo y restantes detalles de la clausura del establecimiento bancario, que es preciso tenerlo también en cuenta, puesto que no hay razones valederas para descartarlo, siendo que el Banco se benefició de tales labores que fueron solicitadas por el gerente Hamilton.

Cuando quedó cesante el demandante, le faltaban entonces 50 días de servicio para completar el período de 20 años que la ley exige para tener derecho a la pensión de jubilación. El desempleo tuvo lugar por clausura definitiva de las labores en la Sucursal que el Banco demandado tenía en Manizales.



## CLAUSURA DE LABORES

El art. 47 del decreto 2127 de 1945, trae como causal de terminación del contrato de trabajo la siguiente: "F). Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3o. del artículo 44, o que se haya pagado un mes de salario y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo" (se subraya). Y el ordinal a que se remite esa norma indica que el contrato de trabajo, se suspende: "Por suspensión de actividades, o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, por razones técnicas o económicas, en cuanto no se afecten los derechos emanados de contratos a término fijo, siempre que se avise a los trabajadores la fecha precisa de la suspensión o clausura, con antelación no inferior a un mes, mediante carteles fijados en dos sitios visibles del lugar del trabajo, o que se les paguen los salarios de un mes, y siempre que, además, de la reanudación de las labores suspendidas se efectúe, con sustitución de patrono o sin ella, dentro de los ciento veinte días siguientes".

Armonizando las dos disposiciones se deduce que para la clausura parcial pero definitiva de una empresa, que es el caso contemplado, se requiere: a) que con antelación no inferior a un mes se avise a los trabajadores la fecha precisa de la clausura, mediante carteles fijados en dos sitios visibles del lugar de trabajo; b) que a falta de ese aviso se les pague a los trabajadores los salarios de un mes; y c) que se respeten en todo caso los derechos emanados de los contratos a término fijo.

De acuerdo con las pruebas del expediente se observa que el Banco opositor no dió un estricto cumplimiento a esos mandatos. En efecto: no hay constancia de que se hubiesen fijado los carteles en sitios visibles del lugar de trabajo, anunciando la fecha exacta de clausura de labores; a Mario Gómez G., se le comunicó por medio de una nota, fechada el 16 de junio de 1948, que el trabajo terminaría para él, el 30 de ese mismo mes, y, sin embargo, el Banco utilizó los servicios de este empleado hasta el 16 de julio siguiente; realmente no hubo entonces aviso especial por medio de carteles, ni pago de un mes de salarios, en defecto de ese preaviso, porque el pago por 16 días que el Banco hizo a los empleados, aten-

diendo un reclamo que éstos formularon, a la postre vino a resultar para algunos de ellos como simple remuneración por el trabajo, que en forma muy hábil obtuvo para el Banco el gerente Mr. Hamilton.

### PLAZO PRESUNTIVO DEL CONTRATO

Sobre este punto no se hizo mucho hincapié en la demanda, aunque sí se cita allí el art. 53 de la ley 6a. de 1945, que habla de la clausura de empresas. Pero en el alegato del doctor Saffón Buitrago, en esta segunda instancia, sí se plantea claramente tal aspecto de la cuestión, que es de singular importancia y da margen al Tribunal para entrar a investigar si el contrato de Mario Gómez G., comprendía un plazo pactado o presuntivo, que el Banco tenía que respetar, ante todo, cuando se clausuró la Sucursal de Manizales.

El artículo 43 de la ley 6a., de 1945 establece que las empresas que no sean de servicio público pueden clausurar labores dando aviso a los trabajadores con no menos de un mes de antelación, y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor.

Antes del decreto 2350 de 1944 la legislación laboral del país no estatua plazos presuntivos para los contratos de trabajo. Estos se podían pactar por tiempo indefinido o por tiempo fijo, y en este último caso se operaba la renovación en la forma contemplada por el artículo 6o. del decreto 652 de 1935. En el mismo decreto se indicaron algunas causales para la terminación de los contratos de trabajo, por parte del patrono o del trabajador, con previo aviso de siete días, en algunos casos, o prescindiendo de tal aviso en otros.

El contrato escrito celebrado por el Banco con Gómez García, el once de julio de 1940, fué por término indefinido, como expresamente se dice en la cláusula tercera, y se puntualizaron como causales de terminación las mismas del decreto 652 de 1935.

El decreto 2350 de 1944, en su artículo 11, estableció que el contrato de trabajo podría celebrarse por tiempo indefinido o término fijo, añadiendo que si no se estipulare que el contrato es por tiempo indefinido, se entenderá celebrado por seis meses. El plazo presuntivo vino pues a cobijar los contratos que, sin tener plazo fijo, no habían sido expresamente pactados por tiempo indefinido.



Este sistema fué variado con la ley 6a. de 1945, y en el inciso primero del artículo 8o. se dijo: "El contrato de trabajo no podrá pactarse por más de cinco años. Cuando no se estipule término, o este no resulte de la naturaleza misma del servicio contratado, como en los casos de rocerías, recolección de cosechas, etc., se entenderá celebrado por seis meses, a menos que las partes se reserven el derecho de terminarlo unilateralmente mediante aviso a la otra con antelación no inferior al periodo que regule los pagos del salario, de acuerdo con la costumbre, y previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Puede prescindirse del aviso, pagando igual período".

Bajo la vigencia de esta norma no puede hablarse ya de **contratos por tiempo indefinido**, puesto que no tienen cabida. Existen aquéllos cuyo plazo resulta de la naturaleza misma del servicio contratado, como en los casos de rocerías, recolección de cosechas, etc.; los que tienen un término fijo, que no puede exceder de dos años (de acuerdo con la modificación del art. 2o. de la ley 64 de 1946; y los restantes que se presumen pactados por seis meses, a menos que las partes se reserven el derecho a **terminarlos unilateralmente, en cualquier tiempo, mediante aviso a la otra con antelación no inferior al período que regule los pagos del salario, o prescindiendo del aviso, pagando igual período.** En el último evento hay que tener presente la reglamentación del art. 50 del decreto 2127 de 1945, en virtud de la cual, "... esta reserva sólo será válida cuando conste por escrito, ya en el contrato individual, ya en la convención colectiva si la hay, o ya en el reglamento interno de trabajo aprobado por las autoridades del ramo, y siempre que la facultad se otorgue a ambas partes en idéntica forma".

De modo que las disposiciones sobre plazo presuntivo del contrato de trabajo y de reserva para la terminación del mismo en cualquier tiempo, antes del vencimiento del plazo, por tener una aplicación inmediata, vinieron a formar parte de las relaciones laborales que se estaban cumpliendo al entrar a regir aquéllas (art. 19 del decreto 2127 de 1945).

De lo hasta aquí visto se sigue que la relación de trabajo iniciada entre Gómez García y "The Royal Bank of Canadá" el 5 de septiembre de 1928, que más tarde se consignó por escrito el 11 de julio de 1940, conviniendo un **término indefinido**, vino a quedar sometida, cuando entró a regir la ley 6a. de 1945, al plazo presuntivo de seis meses. Por otro lado, no hay constancia de que

las partes hubieran pactado la reserva o facultad de terminación del contrato en cualquier tiempo con previo aviso, como lo autoriza la norma que atrás se examinó. Ambos litigantes reconocen que no se suscribió ningún otro contrato individual entre ellos, con posterioridad al de 1940, y no aparece acreditado tampoco que la facultad de terminación unilateral se hubiese otorgado en convención colectiva o reglamento interno de trabajo.

Ahora se pregunta, desde cuándo se empiezan a contar los plazos presuntivos sucesivos que han gobernado el presente contrato laboral? A este interrogatorio fácilmente se puede responder con doctrina del Tribunal Supremo del Trabajo, pues dicha Corporación ha tenido oportunidad de fijar su criterio sobre el particular.

En sentencia de 2 de noviembre de 1948 (negocio de Silvio Tejada M., contra la sociedad "Transportes Pereira, Ltda"), se dijo lo siguiente: "El plazo presuntivo de seis meses de un contrato individual de trabajo, cuando no se estipula término de duración o éste no resulte de la naturaleza misma del servicio, comienza a contarse desde que la relación de trabajo se forma, desde que el servicio principia a prestarse, desde que se inicia la ejecución del contrato, pero no desde una fecha determinada por ley o decreto ningunos, ni menos desde la que el recurrente con manifiesta equivocación ha indicado". Este mismo criterio de interpretación fué reiterado por el H. Tribunal Supremo en sentencia de 9 de diciembre del año citado, cuando decidió un negocio de Rafael Lezaca contra "J. Glottman S. A."

Acogiendo esa jurisprudencia en el asunto que nos ocupa, se tiene que los plazos presuntivos se empiezan a contar desde el 5 de septiembre de 1928, cuando Gómez García empezó a trabajar para "The Royal Bank of Canadá", ya que ese es un hecho plenamente aceptado por las partes litigantes. Con prórrogas sucesivas de seis en seis meses, llanamente se concluye que el 5 de marzo de 1948 terminó uno de esos períodos y se inició otro a continuación, que debía vencer el 5 de septiembre de ese año.

Como la clausura de labores en la Sucursal de Manizales sobrevino cuando estaba pendiente ese plazo presuntivo de seis meses en la relación que vinculaba a Gómez García, hubo una clara violación por parte del Banco, al no respetar ese período, transgrediendo, por ende, lo que dispone la letra f., art. 47, del decreto 2127 de 1945.



Esa forma de proceder del Banco tiene un singular relieve en el asunto sub-judice, no sólo por los derechos que podría deducir el trabajador a su favor, de acuerdo con el artículo 51 del último decreto citado, sino porque era precisamente el 5 de septiembre de 1948 cuando aquél cumplía sus veinte años de servicio continuo, haciéndose así acreedor a la pensión vitalicia de jubilación. El rompimiento de la relación laboral antes del vencimiento del plazo presuntivo hay que apreciarlo frente a la situación especialísima del trabajador, ya que la justicia no puede perder de vista el significado que tiene ese quebranto cuando está de por medio un individuo a quien, faltándole unos pocos días de servicio para consolidar el derecho a su pensión de jubilación, lo coloca el patrono en imposibilidad de cumplir ese servicio.

Si en virtud de las normas sobre plazo presuntivo tenía Gómez García asegurada la posibilidad de trabajar hasta el 5 de septiembre de 1948; si en todo momento, como lo dan a entender múltiples constancias procesales, estuvo dispuesto a trasladarse a otra de las sucursales que el Banco le indicara; si el mismo Banco disponía de vacantes en otros establecimientos, como hay que presumirlo, de acuerdo con la encuesta u oferta que hizo el visitador Robertson a los empleados que quedaban cesantes en Manizales, y si se tiene en cuenta, además, el conocimiento pleno que tenían los superiores de Gómez García sobre el reducido lapso que a éste faltaba para completar veinte años de eficientes y leales servicios a la entidad bancaria, entonces el fallador no puede ceñirse al rigorismo de las secas palabras de la ley, sino que, consultando los móviles o principios inspiradores de ella, lo mismo que la equidad, debe computar ese tiempo restante del plazo presuntivo del contrato de trabajo, para sumarlo al realmente trabajado, en función de la prestación que aquí se reclama.

Vale decir, por tanto, con un criterio amplio, pero a la vez lógico y conforme con las ideas protectoras del derecho social, que no puede quedar en manos del patrono la facultad de impedir que un trabajador alcance la pensión de jubilación cuando el último, por razón de un plazo pactado o presuntivo, ha conquistado una situación propicia para ajustar el tiempo de servicios que la ley exige. Si en tal caso el empleador da por terminado el contrato unilateralmente, hay una desviación en el ejercicio del derecho que permite al juzgador abonar como realmente trabajado el período faltante del término pactado o presuntivo, para restablecer así el e-

quilibrio jurídico y de equidad. Con ello no se obtiene una violación o quebranto de los textos legales que estatuyen el derecho a la pensión de jubilación, sino que se abre un compás para que esta prestación cumpla sus fines, cuando un aparente estado de legalidad pretende malograrla.

## APLICACION DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

La tesis que sostiene el Tribunal en este caso, no sólo tiene apoyo en las disposiciones atrás enunciadas, sino que se asienta en los sanos principios de la teoría del abuso del derecho, que es ya de universal aplicación, sobre todo en tratándose de asuntos laborales.

No es necesario hacer aquí la historia de esa teoría, ni plantear las diversas críticas, sistemas o matices que se han estructurado al rededor de ella. Basta considerar, siguiendo a Josserand, que el derecho no es una ciencia exacta, sino por el contrario cambiante, de aspectos múltiples y de un dilatado poder de adaptación. Que la regla jurídica no puede estar sometida a un ejercicio absoluto, deshumanizado o egoísta, porque debe cumplir con un fin social, de relación y de equidad. Cuando la buena fe no acompaña ese ejercicio del derecho y se trata de actuar subrepticamente, bajo disfraz de inocencia, es permitido prescindir de la apariencia para descubrir la intención real (Alsina Atienza, *Efectos Jurídicos de la Buena Fé*", pág. 284).

De una célebre conferencia pronunciada en Bucarest, ante la Sociedad "Por el Progreso Social", por el Profesor Louis Josserand, son los siguientes párrafos, en los cuales se descubre la gran actualidad de la noción del **abuso del derecho** aplicada a las relaciones de trabajo.

Como síntesis final de ella, dijo: "De esta manera hemos puesto la noción de abuso en contacto con el contrato de trabajo en las diferentes fases de su existencia, desde su concepción hasta su completa abolición, y habéis podido comprobar que los puntos de contacto son numerosísimos. El contrato de trabajo, más que las otras convenciones, es la materia predilecta de la tesis del abuso de los derechos, la cual encuentra allí multitud de ocasiones para aplicarse. Aparece y, cuando menos se le esperaba, lanza contraofensivas, garantizando, en esta materia como en todo, el triun-



fo de la justicia por medio del equilibrio de derechos rivales y antagónicos".

"Tal es, en efecto, la característica de esta vasta teoría, que está llamada a resolver los conflictos internos del derecho: conflictos entre propiedades raíces vecinas, conflictos entre la libertad de prensa y los intereses sagrados de la rectificación, entre arrendadores e inquilinos, entre comerciantes unos con otros. Ella es también la que desata los conflictos que surgen entre el capital y el trabajo, y, más especialmente, entre patronos y empleados, a propósito del contrato de trabajo. Y precisamente porque esas dos grandes fuerzas sociales y económicas son en extremo poderosas, y porque su choque es temible, la tesis del abuso se presenta aquí con un carácter de necesidad, de urgencia, particularmente manifiesta. Abandonados a sí mismos, el capital y el trabajo se asestarian golpes mortales. Es el concepto bienhechor y moralizador del abuso el que, poniendo las cosas en su punto, suaviza las aristas y a la lucha de derechos sustituye el acuerdo, el justo equilibrio. Como en todas las materias, este concepto realiza la **organización jurídica** y la **paz social** en el terreno del trabajo, justificando así, por los servicios prestados, el prodigioso auge de que disfruta, auge que resalta más cada día y que lo empuja ahora al lugar a que puede aspirar y, en todo caso, el primer plano de la actualidad jurídica mundial".

En la citada conferencia, el ilustre profesor francés dice que el derecho de rescisión en el contrato de trabajo no es absoluto, sino un derecho relativo, susceptible de abuso por ambas partes. El cual no puede ejercerse sino con conocimiento de causa, por un motivo legítimo, porque de lo contrario se torna abusivo.

Con el examen del expediente a estudio se advierten ciertos hechos de significación, que tienen ligazón con la tesis que se viene exponiendo. Ellos son los siguientes: a). El banco demandado no puso en conocimiento de los empleados que quedaron cesantes en Manizales, en los cuales debe comprenderse el actor, las **razones técnicas o económicas** (art. 47 del decreto 2127 de 1945) que lo movieron a efectuar la clausura de labores en la Sucursal que venía funcionando en dicha ciudad; b) en el curso del juicio tampoco se acreditaron esas razones, y la autorización que dió la Superintendencia Bancaria (f. 42 y 43) no es suficientemente valedera frente a los contratos de trabajo, puesto que aquél organismo concedió el permiso con consideraciones y objetivos limitados

al terreno comercial, pero extraños, en todo caso, a las relaciones laborales que había pendientes con los trabajadores; c) las declaraciones de los testigos Apolinar Ospina y Nelson Duque T., especialmente, lo mismo que la del visitador Charlie Robertson, dan cuenta de que este último, como enviado especial para adelantar los trámites de la clausura de la Sucursal de Manizales, hizo una encuesta entre los empleados de ella, con el incentivo de que podían ser trasladados a otras de las oficinas del Banco en Colombia y, sin embargo, al demandante, quien dió aceptación a la oferta, se le contestó con una negativa posterior, siendo de tener en cuenta además que hay que presumir calidad oficial en la actuación del visitador Robertson, que tenía carácter de delegado con instrucciones especiales, de entidad tan respetable y sería como es "The Royal Bank of Canadá"; d) el motivo baladí que aduce el señor B. T. Bradbury (declaración que está al folio 65) para explicar por qué a Gómez García no se le trasladó a la Sucursal de Medellín, donde, al parecer, sí había puestos vacantes, lo que está en contradicción con la nota de 14 de julio de 1948 (f. 7), que se envió al demandante.

Con una disección aguda de esas constancias procesales se infiere que el Banco no mantuvo una actitud de completa buena fé ante la situación de desigualdad en que resultó colocado el actor cuando sobrevino la repentina clausura de actividades en Manizales. Y este camino también conduce necesariamente a la solución que atrás se esbozó. Porque si el demandante tenía asegurada la posibilidad de trabajar, hasta completar el tiempo exacto de veinte años, para hacerse acreedor a la pensión de jubilación, poniendo en juego a su favor el último plazo presuntivo de seis meses, no puede atribuírse a él culpa ninguna al no haberse realizado ese trabajo en los últimos cincuenta días, sino al Banco que, con sutiles evasivas, no quiso aceptarlo.

## JUBILACION Y CESANTIA

Teniendo derecho el demandante a la pensión de jubilación establecida por el artículo 80., de la ley 95 de 1946, se hace necesario estudiar esa prestación en relación con el auxilio de cesantía, ya que en la misma demanda se afirma que aquí recibió por este último concepto, el 31 de octubre de 1944, la suma de tres mil quinientos noventa y un pesos, con cuarenta y siete centavos,



(\$ 3.591.47), de acuerdo con liquidación que se hizo aplicando las normas de la ley 48 de 1942.

El art. 1o. de esa ley, derogada, decía así: "Las empresas particulares que a bien lo tengan, procediendo al efecto de acuerdo con sus servidores, cuya voluntad manifestada expresamente será necesaria para perfeccionar el acto, podrán efectuar liquidaciones parciales y definitivas de las cesantías que a éstos correspondan, y para fines que a ellos interesen".

En el art. 14 de la ley 6a., de 1945, letra c), que decretó un derecho a pensión de jubilación excluye al auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión".

Aquella norma de la ley 6a., fué modificada en parte por la ley 64 de 1946. El art. 9o. de este último estatuto indica que cuando la jubilación ocurriere después de una etapa de servicios mayor de veinte años, el trabajador recibirá además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido; y el inciso 2o. del art. 12 redujo al 10% el descuento a las pensiones para el pago de la cesantía anticipada, préstamos u otros conceptos, cuando se trata de trabajadores ferroviarios.

Con anterioridad el decreto 652 de 1935, reglamentario de la ley 10 de 1934, en el art. 28, se había consagrado la incompatibilidad entre pensión de jubilación y cesantía, en tratándose de empleados particulares, lo mismo que un derecho de opción para pedir la una o la otra, cuando en un caso dado se reúnen todos los requisitos de la ley.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo sobre esta materia, se advierte que ambas prestaciones no pueden coexistir para el asunto que aquí se estudia, pues son incompatibles. Sin embargo, el hecho de que el actor hubiera recibido un pago de cesantía en el año 1944, no le hace perder su derecho a la pensión de jubilación que ahora reclama, ya que en aquella época no podría hablarse de opción, por cuanto el interesado no reunía los requisitos para la pensión, y mal podía escoger entre la una y la otra.

En la demanda se propone que se autorice un descuento del 20% en cada pensión, hasta completar la cantidad de tres mil no-cientos cincuenta y un pesos con cuarenta y siete centavos

(\$ 3.951.47), con base en lo que dispone el art. 14 de la ley 6a. de 1945. El Tribunal considera que la norma invocada es perfectamente aplicable, ya que habla de "anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador . . .". A Gómez García se le hizo una lícita liquidación parcial de su cesantía, al amparo de la ley 48 de 1942, que contemplaba el evento de las liquidaciones parciales y definitivas de cesantía.

El carácter de definitiva de esa liquidación no impide que ahora el trabajador pueda reintegrarla por cuotas, puesto que el pago fué parcial, anticipado, es decir, cuando el contrato de trabajo no se había terminado. Por esta razón no es aplicable la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo del Trabajo con ocasión de demandas presentadas por algunos ferroviarios que habían recibido auxilio de cesantía, una vez terminado el contrato de trabajo, pero cuando todavía no reunían el requisito de la edad para exigir pensión de jubilación (Sentencias de 8 de octubre de 1947 y 31 de marzo de 1949, entre otras).

Como el demandante, al hallarse en situación de desempleo, no recibió auxilio de cesantía y se inclinó más bien por el logro de la jubilación, debe reintegrar por cuotas periódicas lo que obtuvo por la liquidación anticipada de cesantía, y no es obligatorio que ese reintegro se efectúe en un solo contado, porque aquél pago no tuvo el carácter de total y fué hecho cuando la relación de trabajo se estaba cumpliendo.

La obligación de pagar la jubilación pesa sobre la empresa demandada desde el día siguiente al de cumplimiento de los veinte años de servicio, este es, a partir del 5 de septiembre de 1948, como en efecto se declarará.

## LIQUIDACION DE LA JUBILACION

La liquidación que trae la demanda es por la suma de trescientos treinta y cuatro pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 334.45), o sean las dos terceras partes del promedio mensual devengado por Gómez García en el último año, teniendo como parte de ese sueldo dos primas semestrales de (\$ 430.00 cada una).

Esta Corporación no acepta esa liquidación porque el reclamante no percibió sino una prima por \$ 430.00. De esa misma constancia se deduce que las bonificaciones, aunque de carácter constante, porque fueron cubiertas en casi todos los años de servicio,



no eran necesariamente dos en cada año, esto es semestrales. Tampoco se trajo a los autos ningún elemento de juicio que lleve a presumir que el Banco estaba obligado a pagar dichas primas o bonificaciones cada seis meses, en virtud de pacto colectivo o laudo arbitral.

Pero la prima pagada al demandante en diciembre de 1947, por la suma de \$ 430.00, si debe computarse como parte del salario, ya que no puede estimársela como una dádiva ocasional, sino que, por su regularidad, hace parte de la noción de salario. Es aplicable aquí, por analogía, el art. 2o. de la ley 65 de 1946.

Del hecho décimo-quinto del libelo de demanda, que fué aceptado por la parte opositora, se desprende que al empleado Gómez García se le pagaba una remuneración de cuatrocientos treinta pesos mensuales (\$ 430.00) en el último año de labores. Con la prima pagada en diciembre de 1947 se obtiene entonces un total de \$ 5.590 ganados en el último año, lo que arroja un promedio mensual de \$ 465.83. Las dos terceras partes de ese promedio equivalente a la cantidad de trescientos diez pesos con cincuenta y cinco centavos (\$ 310.55), que viene a ser el valor de la pensión vitalicia de jubilación a que es acreedor el demandante.

Al decretarse en esta providencia la pensión, por la suma que resultó acreditada en el juicio, no es necesario entrar a estudiar la petición subsidiaria por perjuicios, que no fué examinada por el señor Juez a-quo, que si estaba obligado a decidirla, al no haber acogido las principales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia recurrida, y en su lugar,

### FALLA:

1o. — Condénase a la entidad "The Royal Bank of Canadá", domiciliada en Bogotá y que fué llamada a responder en este juicio por intermedio de su Gerente General o Supervisor, señor B. T. Bradbury, a pagarle al señor Mario Gómez García, mayor de edad y vecino de Manizales, una pensión mensual vitalicia de jubilación por la cantidad de trescientos diez pesos con cincuenta y cinco (\$ 310.55), moneda colombiana, obligación que se liquidará a partir del 5 de septiembre de 1948.

2o. — La citada entidad Bancaria puede deducir el veinte por ciento (20%) de cada pensión mensual, hasta completar la suma de tres mil quinientos noventa y un pesos con cuarenta y siete centavos (\$ 3.591.47), que el demandante recibió por concepto de liquidación parcial de su cesantía.

3o. — Sin costas en ambas instancias.

Cópiese y devuélvase en su oportunidad. Queda notificada en estrados.

Siendo las tres y quince minutos, se declaró cerrada la audiencia, y se firma para constancia la presente acta, por los que intervinieron en la diligencia.

ALBERTO ARIAS GUTIERREZ

SERGIO MEJIA JARAMILLO

RIGOBERTO ECHEVERRI S.

---



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

---

*Medidas Provisionales  
por causa de Divorcio*



FOR EL DR.  
FRANCISCO ELADIO GOMEZ

## Jurisprudencia Civil

---

El matrimonio, como materia mixta, no puede ser regulado exclusivamente ni por la Potestad Eclesiástica ni por la Civil. Sobre esta base, el artículo 19 del Concordato fijó la competencia privativa de la Iglesia en las causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que versan sobre la validez de los esponsales, y finalmente dijo:

«Los efectos civiles del matrimonio se registrarán por el Poder Civil».

El Estado, con fundamento en la aludida norma concordataria, reglamentó los efectos civiles emanados de aquel sacramento, y ordenó que la autoridad civil adoptara durante el curso del juicio de divorcio de matrimonio católico las providencias de que tratan los artículos 157 y 158 del C. Civil. (Artículo 4º de la Ley 95 de 1890).

---

### TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín, diciembre cuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

En escrito fechado el 8 de junio postrero y dirigido al Juzgado Segundo Civil de este Circuito, el doctor N. N., abogado titulado, mayor de edad y vecino de este municipio, obrando como apoderado judicial del señor N. N. y refiriéndose a las medidas provisionales por causa de divorcio entre éste y la señora N. N., solicitó, basado en la doctrina contenida en



el artículo 157 del C. Civil, que se ordenara la práctica, entre otras medidas, de las siguientes:

El depósito de los menores N. N. en la persona del padre legítimo de éstos; el de la niña N. N., mientras dure el juicio de divorcio, en la persona de la madre legítima de ésta; y el de la señora N. N. de acuerdo con la regla segunda del artículo antes citado.

El Juzgado del conocimiento, previo concepto favorable del señor Agente del Ministerio Público, en providencia dictada el 17 de junio último, accedió a la súplica formulada por el doctor N. N. por ser ello legal y jurídico, y como consecuencia ordenó el depósito de los menores N. N. en la persona del señor N. N., padre legítimo de los citados menores; el de la niña N. N. en la persona de la señora doña N. N., madre legítima de aquélla; y el de la señora N. N. en la persona de doña N. N.

La cónyuge N. N. inconforme con el aludido proveído, por medio de apoderado constituido en forma legal, interpuso contra tal decisión el recurso de reposición para que fuera revocado. Subsidiariamente fue interpuesto el recurso de apelación.

El Juzgado, en resolución datada el 6 de julio del corriente año, repuso el auto a que ya se hizo alusión y en su lugar resolvió no acceder al depósito de los menores N. N. y de la señora N. N. hasta que se demostrara la necesidad de tomar tal medida.

El señor apoderado de N. N. consideró violatoria de la Ley la providencia revocatoria y por tal motivo interpuso para ante esta corporación el recurso de alzada, recurso que le fue concedido en el efecto suspensivo.

Habiéndose tramitado el asunto en esta instancia con observancia plena de las normas procesales de rigor, se entra a resolver definitivamente la presente controversia.

Según el recurrente, el señor Juez a quo sentó en su providencia una doctrina que no está acorde con las normas que reglamentan la materia aquí contemplada. Parece que el citado funcionario sentó tal doctrina «en vista de lo alegado por la peticionaria en su memorial de reposición, y a la no oposición por parte del Actor». En efecto, en la providencia que es materia de revisión a virtud de apelación se dijo:

«El Juzgado ya oído el concepto de la cónyuge no contradicho por el actor durante el término del traslado; claramente ve, que de acuerdo con el art. 792 cuando dice que «tales providencias se pueden tomar de una vez o a medida que vayan siendo menester» repondrá el auto recurrido en cuanto ordenó el depósito de los hijos y de la cónyuge, en la forma como se dispuso; ordenando que se suspenda el depósito hasta que se demuestre que es necesario tomar esta medida».

Las razones aducidas por el señor apoderado de la señora N. N. con la mira de obtener la revocatoria del auto proferido el 17 de junio del año en curso se pueden resumir así:

Tratarse en el presente caso de un divorcio imperfecto o semipleno de carácter eclesiástico; haberse establecido por el Derecho Canónico el depósito de la mujer por causas matrimoniales en beneficio de ésta; estar considerado por los tratadistas de Derecho Canónico el secuestro de la mujer y de los hijos como efecto civil inseparable del matrimonio católico y co-

responderle privativamente a la Autoridad Eclesiástica la decisión de los incidentes de hecho o de derecho que se originen de aquel sacramento; haberse ordenado por el artículo 792 del C. de P. Civil que las medidas preventivas allí indicadas las ha de tomar el Juez teniendo en cuenta que ellas se han consagrado especialmente para proteger a la mujer; y ser la urgencia un elemento que ha de comprobarse plenamente a fin de poderse tomar la medida indicada por el artículo 157 del C. Civil, requisito cuya existencia no se ha demostrado en el caso *sub judice*.

En cambio, el señor apoderado de N. N., en el memorial dirigido a esta corporación, expone con absoluta nitidez sólidas razones de carácter legal y jurídico tendientes a desvirtuar los argumentos aducidos por el doctor N. N. y a hacer ver que la última providencia emanada del Juzgado Segundo Civil de este Circuito es violatoria de la Ley.

A pesar de las razones expuestas por el señor apoderado de doña N. N., el Tribunal considera que en el caso hoy contemplado tiene jurisdicción para ordenar el depósito de los menores N. N. y de la madre legítima de éstos.

En efecto, es cierto que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 19 del Concordato que gobierna nuestras relaciones con la Santa Sede, son de competencia exclusiva de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, pero no es menos cierto que **los efectos civiles del matrimonio se rigen por el Poder Civil**. De aquí la razón para que el divorcio en lo atinente a lo espiritual le corresponda al Poder Eclesiástico, y en lo relativo a lo temporal le corresponda al Poder Civil. En el caso hoy sometido a estudio se puede mirar como materia puramente temporal y como efecto de carácter civil lo tocante a los bienes que forman el patrimonio económico de los cónyuges, la libertad personal de la mujer, el cuidado de los hijos, etc., etc. Por consiguiente, de acuerdo con el Concordato de 1887, la autoridad civil sí tiene jurisdicción en el caso hoy contemplado.

Aún más: Los mandatos no menos claros que categóricos contenidos en los artículos 792, 793 y 794 de la Ley 105 de 1931 indican sin lugar a duda que la justicia ordinaria puede tomar las medidas preventivas consagradas por la autoridad civil.

Finalmente, el artículo 3º del Concordato está concebido en estos términos:

«La Legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República». (El Tribunal subraya).

El Dr. Fernando Vélez al comentar el artículo 16 de la Ley 153 de 1887, igual al 3º del Concordato dice:

«Por consiguiente, el Poder Judicial no puede aplicar ninguna disposición canónica y si entre una de ellas y una civil hay contradicción, sólo puede aplicar la última».

El Dr. Manuel J. Angarita dice al respecto:

«Siendo la legislación canónica independiente de la civil, y no formando parte de ésta, es claro que las autoridades de la República no pueden aplicar jamás las disposiciones de aquella legislación. En consecuencia,



en los casos de conflicto entre la legislación canónica y la civil, prefiere indudablemente la última, pues no pudiendo los funcionarios públicos abstenerse de resolver ni pudiendo tampoco aplicar la ley canónica, es fuerza que cumplan y hagan cumplir las leyes de la República. Además, para la acertada aplicación de una ley es preciso interpretarla, y nadie puede poner en duda que las autoridades civiles no son las llamadas a interpretar las leyes canónicas. Finalmente, téngase presente que el artículo 38 de la Constitución dice que la Iglesia Católica no es ni será oficial».

La propia significación de los vocablos «independiente» y «respetada» demuestran con claridad meridiana que las normas procedimentales de carácter eclesiástico no pueden ser aplicadas por los jueces civiles. En efecto, según el Diccionario de la Academia, *i n d e p e n d i e n t e* significa: «Exento de dependencia, autónomo», y *r e s p e t a r* indica: «Tener respeto». Esta última palabra significa: Obsequio, veneración, acatamiento. Si el Juez civil tuviera que aplicar la ley canónica, la interpretación de ésta quedaría a cargo de aquél, cuestión que es totalmente inadmisibles porque la Iglesia es la única que puede interpretar sus propias leyes. La interpretación de las leyes canónicas para la aplicación de ellas por un funcionario civil, lego en Derecho Canónico, sería un grave atentado contra la dignidad de la Iglesia y contra su propia independencia.

Demostrada la competencia del Poder Judicial para ordenar la práctica del depósito de la mujer y de los hijos en los juicios de **divorcio imperfecto o quoad thorum et cohabitationem**, resta agregar que el señor N. N. sí tiene pleno derecho para solicitar el secuestro de la mujer y de los niños. Tal derecho está clara y categóricamente consagrado por el artículo 157 del C. Civil, y en el evento de estar admitida la demanda de divorcio, la **urgencia** no es *conditio sine qua non* para que se ordene la adopción provisional de las medidas allí indicadas. El Código Civil consagra estas medidas, razón por la cual tienen carácter sustantivo y no adjetivo, ya que se refieren al régimen de las personas y de los bienes dentro de la sociedad familiar originada del matrimonio como contrato y como sacramento.

De conformidad con las normas sentadas por nuestro estatuto civil, conviene recordar que el patrocinado del doctor N. N. goza de la autoridad paterna, de la patria potestad y de la potestad marital.

La autoridad paterna la ejerce el padre sobre la persona del hijo; ella abarca facultades correccionales y directivas según lo dispuesto por el Tit. 12, Lib. 1º del C. Civil. Allí se establece que los hijos **estarán especialmente sometidos a su padre** (art. 250) y que las facultades correccionales sólo le corresponden principalmente al padre (art. 262).

La patria potestad se ejerce sobre los bienes del hijo y está reglamentada por el Tit. 14 del Lib. 1º de la obra mencionada.

El conjunto de derechos que la ley le confiere al marido sobre la persona y bienes de la mujer para llevar a cabo la dirección de la sociedad formada con ésta se llama potestad marital. Esta se encuentra fundada, según **Troplong**, en el orden de la naturaleza y en las leyes divinas y humanas.

Las normas que gobiernan estas materias, el contenido del artículo 157 del C. Civil y el categórico mandato del inciso 1º del artículo 792 del

C. de P. Civil, indican con toda nitidez que el inciso 2º de este artículo no puede referirse en manera alguna a las medidas preventivas de carácter personal consagradas por el Legislador. Es indiscutible que al establecerse por la Ley 105 de 1931 que el Juez debía tener en cuenta que las medidas precautelativas estaban consagradas especialmente para proteger a la mujer se tuvo en cuenta el antiguo régimen de bienes en el matrimonio y se quiso proveer sobre medidas de carácter puramente económico. Con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, el citado inciso en lo tocante a la preferencia no tiene vigencia en virtud de derogatoria tácita, fenómeno jurídico que se presenta cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Los razonamientos que sobre el particular hace el apoderado de N. N. son perfectamente jurídicos y por ende se aceptan íntegramente por el Tribunal. Estando demostrado que el inciso a que se viene haciendo alusión sólo se refiere a medidas de orden económico, es evidente que la doctrina sentada por el Juez a quo es peregrina y no tiene fundamento legal ni jurídico.

Finalmente, conviene anotar que el Juez a quo consideró el silencio de N. N. como argumento de suma importancia para sustentar la revocatoria del auto que ordenó el depósito de los menores N. N. y de la señora N. N. Pero conviene anotar que la carencia de oposición a la solicitud formulada por la cónyuge no sirve de fundamento en el caso presente. Parece que se aceptó por aquel funcionario sin limitación alguna el principio: **Qui tacet consentire videtur**. El silencio mirado en su acepción vulgar como la abstención de hablar no es el silencio jurídico, cuestión ésta no menos compleja que sugestiva.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la providencia proferida por el Juzgado Segundo Civil de este Circuito, el seis de julio postrero, y en su lugar se mantendrá la vigencia del auto datado el diez y siete de junio último.

Notifíquese.

FRANCISCO ELADIO GOMEZ G.

---



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

*La Culpa en el Código  
Penal Colombiano*



POR EL  
DR. SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO

# Jurisprudencia Penal

---

Publicamos algunos extractos de providencias dictadas por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Medellín.

1º.—La culpa en el derecho penal colombiano: Imprevisión de lo previsible y posible. Las fallas en el mecanismo de la atención como origen de la imprevisión. La imprudencia, el descuido, la falta de precaución pueden dar campo al delito culposo.

CASO: N. puso un carro de empuje sobre la carrilera del Ferrocarril de Antioquia. Se había comprometido a llevar a unos pasajeros de la estación de «La Pintada» al puente sobre el río Arma, en los límites de Antioquia y Caldas. Al llegar el carro al mencionado puente, uno de los bultos que en él iban golpeó a dos peatones que, en el mismo instante, transitaban por aquel sitio. Los individuos golpeados cayeron a las aguas y fueron arrastrados por ellas.

El Tribunal llamó a responder en juicio a N. como autor del homicidio de X. y Z., pues aquél por imprudencia e incumplimiento de los reglamentos del tránsito en la vía férrea, dio campo al deceso de dos personas.

En la parte pertinente del auto respectivo se dijo:

## TRIBUNAL SUPERIOR SALA DE DECISION

Se configura en el presente caso un homicidio cometido por culpa. Esta es la imprevisión de lo previsible y posible. Se incurre en ella por negligencia, imprudencia, descuido, por impericia en el ejercicio de una profesión, arte u oficio, por violación de reglamentos, órdenes y disciplinas.

En el caso en estudio, hubo ciertamente imprudencia de par-



te del conductor del carro de empuje. Esa imprudencia dio campo a la violación notoria de los reglamentos del tránsito por la vía férrea. Según la exposición de numerosos empleados del ferrocarril, a nadie es lícito poner un carro sobre los rieles sin advertirlo previamente al jefe de la estación cercana, para que éste de vía, con lo cual, se impediría todo choque: ni es posible que se maneje un carro de empuje, sin llevar las señales, oportunamente convenidas para impedir accidentes y, especialmente, sin tener freno para evitar, en un momento dado, que el vehículo arrastre a las personas que puedan seguir el mismo camino.

N. N., fue advertido expresamente por R. de la necesidad de tomar las precauciones indicadas, y no obstante, nada hizo en el sentido de impedir cualquier hecho posterior. No puede, pues, alegar que ignoraba cuáles eran los requisitos exigidos por la empresa del ferrocarril para permitir que se rodara aquél carro.

De otra parte, quien toma bajo su dirección un vehículo cualquiera, está en la obligación de conocer su funcionamiento, pues de lo contrario, se sometería de antemano a las consecuencias de su obrar. Y N. N., no tomó la precaución de llevar el freno de madera que detuviera la marcha del carro por él empujado. Finalmente, tratándose de una persona acostumbrada al ajetreo, en aquellos lugares, debía conocer reglamentos que se saben hasta las personas que no han estado en contacto con tales oficios.

Se configura, pues, la culpa en el acto cumplido por N., si se atiende al tenor del artículo 12 del código penal: no hubo previsión de lo que era previsible y posible. No previó un hecho de común ocurrencia en aquél lugar, o sea, que alguna persona fuera encontrada en la vía, y de esta no previsión, tan posible, surgió el daño.

Se ha dicho que la culpa tiene su origen en fallas del mecanismo de la atención. Y ello es así. Pero la falta de atención se confunde, las más de las veces, con la imprudencia. N., no puso ninguna atención al acto que cumplía, a pesar de las advertencias que se le hicieron, pues acostumbrado estaba a obrar descuidadamente. Tan imprudente actuar fue la causa de la muerte de dos personas.

Existe, pues, relación entre el acto descuidado de N., y la muerte de X. y Z. Uno de los bultos que iba en el carro los tocó, "entonces estos señores perdieron el equilibrio y se fueron al río. Cuando ya hubo parado el carro ví que en el río nadaba un hom-

bre y luchaba por salir a tierra y la señora que lo acompañaba no la pude ver por ninguna parte. . . ”.

Por lo dicho, N., debe responder de la muerte de X. y Z., pues ella se debió a su notoria imprudencia, a su imperdonable descuido, a su incumplimiento de los reglamentos del tránsito en la vía del ferrocarril.

---

2º.—La imputabilidad psico-física del delincuente. Presu-  
puestos de la legítima defensa de la vida. Violencia verbal y vio-  
lencia real. Violencia actual e injusta. La excusa de provocación.  
No es injusta la provocación si ella se origina en la actividad  
del agresor.

TRIBUNAL SUPERIOR  
SALA DE DECISION

Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo.

VISTOS:

El hecho que ha dado origen a la presente investigación puede presentarse en la siguiente forma:

El ocho de diciembre de 1.947, a eso de las once de la noche, se encontraban los señores X., su hijo L. y F. C., en la carrera Alhambra con la Avenida Escobar frente a la puerta principal de la plaza de mercado, en esta ciudad, en espera de un vehículo que los condujera a sus respectivas habitaciones. En impensado momento, acertó pasar por allí el automóvil No. 1052, que conducía N. Por poco atropella a los mencionados señores; X. reclamó del conductor, pues había puesto en peligro su vida y la de sus compañeros. “Si era que no sabía manejar” o “si era que estaba borracho” y otras expresiones semejantes ponen en boca de X., los testigos de los hechos. El chofer contestó en forma agresiva. Se bajó del vehículo, y mientras otros conductores se arrimaban al sitio donde había discusión, N., se armó de una varilla de hierro. En momentos en que X., respondía el agravio de alguno de los individuos que habían acudido y que se habían puesto de parte de N., éste le dió un golpe con la varilla obtenida poco antes. X., se vió en el suelo. Fue conducido a la policlínica municipal y de allí al Hospital de San Vicente de Paúl, en donde falleció al siguiente día.

---



Los hechos anteriores tienen una amplia comprobación a través de las páginas de este expediente. Dan cuenta de ellos varios testigos presenciales, cuyos dichos, en parte, han sido copiados por el señor Juez a quo. El mismo sindicado, en su indagatoria, acepta la realidad de los hechos, pero advierte, cualificando su confesión, que su actividad se debió a las frases injuriosas que le dirigió X., de una parte, también al hecho de que éste le asestó una palmada en el rostro.

Siendo esto así, puede darse por sentado lo siguiente:

1o.) N. fue el autor material de la lesión que dio al traste con la vida de X.

2o.) Tal lesión fue la causa de la muerte de X., pues ella, según el concepto de los señores médicos legistas de esta ciudad, era de naturaleza mortal.

3o.) N. debe, por tanto, responder ante la sociedad de su acción ya que, de otro lado, no se advierten causas de justificación o de excusa del acto, ni se encuentran motivos que aminoren la gravedad del mismo.

Es decir, está demostrada la existencia del delito de homicidio, cometido por N., en perjuicio de X.

---

No obstante lo anterior, en este proceso se ha alegado por parte de N., que su acción se debió a la necesidad en que se vió de defenderse de una violencia actual e injusta, violencia que ponía en peligro su integridad personal. De la misma suerte ha dicho el procesado que obró, pero después de haber sido vulgarmente tratado por el occiso y cuando éste lo había golpeado en el rostro. Brevemente se dirá que no existen en el caso a estudio los presupuestos procesales para que la legítima defensa se configure.

Tales requisitos son, al tenor de lo dispuesto por el art. 25 del código penal:

1o.) Existencia de una violencia actual e injusta contra la persona, el honor o los bienes.

2o.) Necesidad de defender la integridad personal, el honor o los bienes, y

3o.) Proporcionalidad entre la agresión y el acto defensivo.

Existió en este caso la violencia actual e injusta de que habla la ley?

Debe darse por sentado que entre N. y N., se cruzaron algunas palabras de agravio. A las voces descompuestas de X., fru-

to del susto o del temor de verse atropellado por el carro que manejaba el procesado, contestaba éste con palabras de la misma calidad. Tal duelo, no configura lo que la legislación penal ha llamado "violencia actual e injusta". Las voces no ponen en peligro el derecho protegido, y menos cuando esas voces nacen de un hecho o imprudencia de quien se dice ofendido con ellas.

Si las palabras no son propiamente, aquí, una violencia, mal podría hablarse de la necesidad de defender en la forma en que actuó N., ni mucho menos se diría, caso de defensa, que existiera la más mínima proporcionalidad entre la agresión y el acto defensivo.

Pero, hubo golpes de X., golpes que pusieran en peligro la integridad física o moral o los bienes de N?. El procesado dice que el ofendido alcanzó a darle una palmada en el rostro. Ello no fue visto por ninguna de las personas que pueden señalarse como testigos presenciales de los hechos. Solamente L., hijo de X., informa que su padre sí trató de castigar con la mano la insolencia del chofer, sin que lo hubiera logrado.

Póngase por caso que X., hubiera alcanzado a N., con su mano. Este hecho, podría decirse, hacía peligrar la vida, el honor o los bienes del sindicato? De ninguna manera.

Pero aún admitiendo que las voces y ademanes de X., fueron graves —que no es lo cierto— no se diría en ningún momento que el acto defensivo de N., correspondió a la actualidad de la agresión.

En efecto, X., se dirigió a N., cuando éste estuvo a punto de atropellarlo con el automóvil que manejaba. Instantes después, X., discutía con otro individuo que lo venía injuriando, es decir, ya había pasado todo contacto entre el procesado y el ofendido, ya no existía para aquél el más mínimo peligro.

Sin embargo, cuando X., daba la espalda y respondía los agravios de quienes lo zaherían con burla, fue golpeado por N., en una forma "bandida", según expresión gráfica de alguno de los declarantes.

Por consiguiente, puede afirmarse:

a) No hubo violencia capaz de poner en peligro la vida, el honor o los bienes de N.

b) La actividad delictuosa de N., o sea, el golpe dado a X., fue posterior a la discusión que entre éstos se había cumplido, es



decir, la violencia defensiva de N., no puede decirse actual frente a la actividad de X., sino posterior:

c) Las palabras pronunciadas por X., y sus ademanes, se debieron a la imprudencia de N., por lo cual no podría decirse claramente de su injusticia.

En resumen: No existe ninguno de los presupuestos necesarios para que se configure la legítima defensa.

No acepta la Sala tampoco que se esté frente a uno de aquellos casos referidos por el artículo 28 del código de las penas.

Se habla en tal disposición de la llamada excusa de provocación, o sea, del hecho ejecutado en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

Debe decirse previamente que el motivo de aminoración de la gravedad del hecho depende, no de que éste se cumpla, en estado de ira o de dolor intenso, sino de que exista una provocación que reúna las características de gravedad y de injusticia.

Conviene averiguar, por lo expuesto, si existió provocación de parte de X., capaz de hacer reaccionar a N., y si esa provocación fue grave e injusta, para que logre aminorar la gravedad del delito cometido.

Ya se dijo que entre X. y N., en un primer momento, existió un duelo oratorio, en el que ambos contendores cambiaron frases hirientes. X., al verse al borde del peligro, dijo algo a N., y este algo fue recibido de malas maneras por el chofer imprudente. Cuáles las frases que se cambiaron entre ellos?

N. sostiene que X., le dijo "\_\_\_\_\_". Sin embargo, los testigos no ponen en boca del ofendido semejante expresión, y quizás sólo uno de ellos dice haber oído aquella voz, pero incompleta, sin que, de otra parte, pueda asegurar que hubiera sido proferida por X., ya que sus palabras son un poco confusas: "oí decir \_\_\_\_\_", pero no terminó la palabra, si la terminó no la oí".

En cambio, varios declarantes aseguran que N., si profirió la palabra injuriantes contra X., y que algunos otros choferes cercaron con sus voces descompuestas al occiso.

Sin embargo, en gracia de la duda que pudiera presentarse, sería admisible sostener que injurió X. a N. Se tratará de una provocación grave e injusta, esto es, capaz de traer como resultado la aminoración del delito, en su fuerza interna?

Recuérdese que la reacción de ira y de temor sentida por X., se debió a la imprudencia del chofer N. De donde se despren-

de que tal reacción no nació espontáneamente del ofendido, sino que surgió de la actividad del procesado. Desde este punto de vista, se dirá que la reacción de X., no fue injusta, sino provocada por el chofer que estuvo a punto de golpearlo con el vehículo que conducía.

Ni hay gravedad en la reacción, porque hubo un cambio de voces iguales. Todo ello a consecuencia, como dice el señor Juez a quo, de que "N., reaccionó por el hecho de que los señores X., L. y C. F., no se dejaron matar".

Pero hay algo que destruye la idea de que N., hubiera atacado, en la forma en que lo hizo, a X., en un estado de ira o de intenso dolor. En el espacio transcurrido entre la discusión que entre ellos se suscitó y el momento en que accionó el brazo homicida. Más aún, se suscitó y el momento en que accionó el brazo homicida. Más aún la situación en que se encontraba el agredido en el momento en que fue lesionado.

X. discutió con N., y se apartó con ánimo de marchar a su casa de habitación. Fue cercado por los amigos del procesado. Entabló alguna disputa con éstos. Daba la espalda a su agresor. Y fue precisamente en este momento en que fue herido, en la forma "bandida" que dice alguno de los declarantes.

Distinto sería si N., hubiera obrado bajo el impulso de la ira, en el momento en que era agredido verbalmente. Pero fue todo lo contrario, al ver a X., desprevenido, se fue contra él y por encima del agente de policía que buscaba la paz entre los contrincantes, lo hirió.

En resumen: la ira o el intenso dolor, no fue producto de provocaciones graves e injustas, de una parte, y de otra, N., reaccionó sólo cuando vió a X., indefenso.

---



Magistrado Ponente: Samuel Barrientos Restrepo.

Tribunal Superior  
Sala de Decisión.

Interpretación del artículo 382 del C. P. - Homicidios privilegiados. - Homicidio en estado de ira o de intenso dolor, de acuerdo con el inciso 2º de esa disposición. - Protección a la de el honor quien mata a su cónyuge a quien encuentra en ilegítimo acceso carnal, o al cómplice de tal acto. - El perdón judicial y los requisitos para concederlo, de acuerdo con la doctrina.

EL HECHO.—A. dio muerte a B., movido por las ofensas graves que éste había irrogado a la madre de aquél, la víspera del hecho investigado. Se dijo también que A. quería vengar la ofensa de A., consistente en haber éste obtenido el acceso carnal ilegítimo con la hermana de aquél. En el auto de cargos se aceptó el estado de ira en los términos del art. 28 del C. P.

Preguntado el Jurado sobre la responsabilidad de A. por la muerte de B., dijo el tribunal de conciencia: «Sí es responsable, pero en estado de ira causada por grave e injusta provocación, consistente en los ultrajes a la madre del procesado y en el ilegítimo acceso carnal de su hermana con el occiso, aunque no haya sido sorprendido en el momento de realizarlo».

El defensor de A. pidió que se le concediera el perdón judicial. El Tribunal dijo sobre este particular:

===

## SENTENCIA

El veredicto. — Cuál, entonces, la responsabilidad de A., autor material del deceso de B.?

Los artículos 11 y 12 del Código Penal consagran la actividad psíco-física del delincuente como base de la responsabilidad penal del mismo. De esta suerte el autor material de un hecho, previsto como infracción por la ley penal, es responsable, salvo los casos de excepción que la legislación consagra en forma expresa. A., no se encuentra en ninguno de aquéllos casos que eximen de responsabilidad al autor de un delito, de acuerdo con los artículos 23 y 25 del estatuto de las penas.

Sostuvo la defensa, en un principio, que A., al dar muerte a B., había obrado en defensa de su honor o de su honra, que se encontraba en peligro. Tal tesis fue rebatida por este Tribunal, en extensa y bien documentada providencia de tres de mayo de mil

novecientos cuarenta y seis, visible a fs., 106 y siguientes de este expediente.

Se dijo allí:

Y el sindicato dice haber defendido una cosa que no era suya, que no tenía, que había perdido, porque el honor es "el sentimiento de la propia dignidad moral, nacida de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos, de nuestro valor moral". En un aspecto objetivo, es "la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor moral".

Es cierto que pudo el sindicato estar convencido de lo ocurrido o de lo que creía su madre acerca de su hermana, pero ese estado de cosas era tolerado por él y por su misma madre. Existía sí un estado de enojo e intenso dolor por las ofensas irrogadas a la madre".

En la misma providencia sostuvo este Tribunal que "lo más indicado es afirmar que el sindicato obró en estado de intenso dolor porque hay que darle crédito a su afirmación acerca de las ofensas a su madre y a las palabras dichas cuando dió muerte a B.: "Es para enseñarte gran h..... cómo es que se habla de una madre y una hermana" y eso es para que no le digás a mi mamá lo que le dijiste ayer y para que no te aprovechés de ella". A., no dió muerte a B., por el asunto de su hermana, poco le tenía que importar su virginidad, lo que lo movió fue seguramente las ofensas del occiso a su madre el día anterior. Estas ofensas, claro está, le causaron honda pena y dolor, máxime cuando no fue capaz de castigar al grosero que en forma tan burda y despreciable trataba a la autora de sus días. Esta circunstancia de la ira o del intenso dolor la acepta la Sala y acoge las razones del señor Juez en su providencia que se revisa".

Dos tesis se han discutido, como acaba de verse, a través de las páginas de este cuaderno: la de la legítima defensa del honor, expuesta con notorio entusiasmo por el defensor del procesado, y la de la ira intensa o del intenso dolor, presentada por el señor Juez del conocimiento y por este Tribunal.

Al Jurado se expusieron por el señor Agente del Ministerio Público y por los voceros del reo las razones que podían tenerse como sustentáculos de aquellas cuestiones de orden jurídico. Y el cuerpo popular, en el cual formaba parte un eminente profesor de derecho penal, contestó a la cuestión presentada por el Sr. Juez del



conocimiento, aceptando la responsabilidad de A., como autor de la muerte de B., pero colocando el hecho dentro de un "estado de ira causada por grave e injusta provocación, consistente en los ultrajes a la madre del procesado y en el ilegítimo acceso carnal de su hermana con el occiso, aunque no haya sido sorprendido en el momento de realizarlo".

Esto es, situó el homicidio en uno de aquellos casos de ira contemplados por el artículo 382 del Código Penal. En otros términos: no encontró que se tratara de un caso de defensa legítima del honor, sino de un homicidio atenuado, de uno de aquellos delitos que se han denominado privilegiados.

En proceso fallado hace algún tiempo por este Tribunal se había dicho:

El homicidio, cumplido dentro de los términos del artículo 382 del C. P., ha sido considerado como privilegiado, pero no es posible aceptarlo, por sus motivos, como exento de responsabilidad. Apenas deja el Estado al arbitrio del Juez, el que se llegue a otorgar el perdón judicial y "aún" a eximirlo de responsabilidad. Los mismos términos empleados por el legislador están diciendo cuán contadas serían esas ocurrencias.

"En los Titulos XII y XIII del Libro II del Código Penal se establece por el Estado una especial protección a la libertad y al honor sexuales, en el primero, y a la integridad moral, en el segundo. Se garantiza "la libertad de cohabitación de los ciudadanos mayores de edad y el pudor en ambos sexos", y garantizando también el honor de los ciudadanos, por mandato legal, no podrá negarse que obra en defensa legítima quien salva su patrimonio moral, valiéndose para ello de los medios a su alcance y siempre que el Estado no se encuentre, en un preciso instante, en capacidad de prestar el apoyo que él ha ofrecido y que está obligado a otorgar.

"No defiende, pues, su honor el marido burlado que da muerte a su esposa y al cómplice de ésta, cuando los "sorprende en ilegítimo acceso carnal". El acto criminoso, cumplido en tales condiciones, da lugar apenas a una atenuación de la responsabilidad".

Pues bien. El artículo 382 citado contempla dos casos de homicidio en que el delito se considera de menor gravedad o privilegiado: cuando el cónyuge, padre o madre, hermano o hermana da muerte al cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, a quienes se sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o al copartícipe de tal acto; cuando el homicidio se cometa en estado de ira o intenso do-

lor determinado por aquella ofensa, aunque no se haya sorprendido a la víctima en el acto carnal.

En estos casos, la sanción correspondiente al homicidio se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes, "cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a éste el perdón judicial y aún eximirsele de responsabilidad".

De acuerdo con ésta disposición, no se está legitimando la actividad homicida, esto es, el artículo 382 no crea una causal de justificación especial, no prevista en la parte general del Código. Únicamente, y en atención a los motivos determinantes del hecho, se atenúa su responsabilidad.

El esposo burlado sentirá intensamente la ofensa que se le infiere, cómo será grande el dolor del padre o del hermano que encuentra a su hija o hermana entregándose carnalmente a quien no es su legítimo esposo, y de la misma suerte se producirá una perturbación psíquica en quien se vea colocado en semejante situación. El legislador ha sabido de estas reacciones, ha valorado la justicia de ellas y las ha consagrado como motivos que disminuye la gravedad intrínseca del delito, como que, en aquellos estados, inteligencia y voluntad se encuentran dirigidas por extrañas fuerzas.

Al revisar el Tribunal el auto de proceder preferido en este proceso, se presentaron citas de numerosas autoridades en el campo científico penal. No se admite hoy, con muy escasas excepciones, la impunidad de homicidios cometidos dentro de los términos del art. 382 del Código Penal, o por mejor decir, en los casos allí contemplados, no puede hablarse de una legítima defensa del honor. Ello, porque la legítima defensa del honor sólo es practicable cuando la honra o el pudor se ven ante un peligro inminente o actual, no cuando el hecho que va contra tal honor o pudor se ha consumado o está cumpliéndose, con la aceptación de las partes. La honra perdida no se recupera con la muerte del agresor, ni alcanza a ser lavada con la sangre de quienes faltaron a toda consideración de orden social y moral.

En los términos anteriores, queda explicado el sentido del veredicto del Jurado. Este Tribunal de conciencia admitió el homicidio cometido por A., en la persona de B., pero lo situó dentro de una específica previsión legislativa.

No se opone tal veredicto a la evidencia procesal, no peca contra la lógica. Suficientes elementos probatorios tuvo a la mano



el tribunal popular para sustentar su respuesta. Así lo admitió el señor Juez 4o., Superior, y así lo admitirá esta Sala.

**La sanción.** — Dos años de presidio fue la pena impuesta por el señor Juez 4o., Superior a A., ya que, en armonía con el artículo 382, rebajó la pena correspondiente al homicidio en tres cuartas partes. Y como dicha pena es en su mínimo, de ocho años de presidio, es claro que la aplicación de la ley penal, por este aspecto, es correcta.

No obstante, el patrono del reo quiere que a éste se le conceda el perdón judicial, atendiendo así al último inciso del art. 382 tantas veces citado.

Es cierto que la disposición da al Juez una facultad discrecional para conceder el perdón judicial al responsable y aún para eximirlo de responsabilidad, "cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad.....".

"La doctrina contemporánea se inclina a otorgar el perdón judicial para casos insólitos y excepcionales en que el homicidio procede, como sustenta Jiménez de Asúa, de un dolor inaudito y sobremanera justo, porque la justicia transida de piedad es más humana.....", enseña el profesor Peco.

Habría, por tanto, que atender a las circunstancias especiales del hecho cumplido por A.

A., poco antes de hundir su cuchillo sobre el pecho de B., llamó a un agente de policía y pidió que requisara a quien sería su víctima, "porque yo pensaba hacerle un reclamo a ese hombre". Tal actitud fue calificada, en auto del veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta y seis, como "desleal y cobarde", y hace pensar ella en cierta preparación ponderada del delito, o mejor, en cierta insensibilidad moral en el delincuente. Si bien no se dirá que están probadas tales circunstancias de mayor peligrosidad, sí se admitirá que aquella prevención de parte de A., no permite que éste sea uno de esos casos excepcionales en que deba ser concedido el perdón judicial.

No hay tampoco razón para rechazar de plano el dicho de E. H., quien señala a su hermano A., como el individuo que primero la poseyó carnalmente, si bien en sus años de primera juventud. No debe desecharse la observación hecha por el Tribunal sobre la actitud asumida por U. S., y por el reo frente a los amores, que ellos juzgaron pecaminosos, de aquella joven con su novio.

No se está, pues, frente a uno de esos "casos insólitos y excepcionales en que el homicidio procede de un dolor inaudito y sobremanera justo".

Esta Sala no atenderá, en consecuencia, la solicitud de que se conceda el perdón judicial a A., pues no es éste uno de aquellos casos en que las circunstancias del hecho demuestran una menor peligrosidad en el delincuente. Y adviértase que, en este aspecto, el legislador ha querido que se vea el hecho mismo en su realización.

---