

Registrado como artículo  
de 2a. clase en el Minis-  
terio de Correos y Telégra-  
fos el 7 de julio de 1939.  
— Licencia número 619. —

# *Estudios de Derecho*

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

# 5

Medellín - Colombia — Julio de 1940.

Apartado Postal Nro. 155.

Imp. Universidad

# *ESTUDIOS DE DERECHO*

*PUBLICACION TRIMESTRAL*

## DIRECTORES:

Ricardo Uribe Escobar

Rector de la Universidad

Eduardo Correa Villa

Decano de la Facultad

Roberto Ocampo

Secretario de la Facultad.

## COMITE:

50 AÑO { Jorge Parra Suarez  
{ Pedro Luis Gómez

30. AÑO { Jaime Isaza C.  
{ Libardo Lozano G.

40 AÑO { Javier Toro M.  
{ Edgar Poe Restrepo

20 AÑO { José D. Mesa

10 AÑO { Ventura Lemus

## ADMINISTRADOR:

Enrique Jaramillo M.

# COLOMBIA EN LA CONFEREN- CIA DE PANAMA

EXPOSICION DEL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIO-  
RES ANTE EL SENADO DE LA REPUBLICA

(Versión taquigráfica corregida por el  
autor para la Revista ESTUDIOS DE DE-  
RECHO.)

No me lamento de que aún no haya sido aumentado el número de Senadores para hacer la exposición que me corresponde en esta tarde, porque si convencer a cincuenta y ocho inteligentes conciudadanos cuesta un esfuerzo supremo, ¿cuál no será el que nos cumpla rendir luego, cuando ya esto monte a sesenta y cinco? Y quisiera comenzar esta explicación que debo al honorable Senado y a la República, casi con una petición: He observado que nosotros no nos cuidamos de educar a nuestro pueblo en normas de serenidad. La más bella impresión que puede obtener un observador de fenómenos internacionales es la de un pueblo ecuánime, la de un pueblo que mientras más graves sean los negocios que a su mente se presenten, que puedan conturbar su espíritu, guarde la línea inflexible de una suprema varonía; de un pueblo que muchas veces, colocado ante la tragedia de un ataque superior a sus recursos, sepa mirar cara a cara el infortunio retándolo, y retarlo a pesar de la muerte. Esos son los pueblos que pueden entrar a la historia y que deben entrar a la historia. Mas he aquí que nosotros de tiempo muy atrás nos empeñamos en todas las manifestaciones de nuestra vida pública, por cultivar la emotividad de un pueblo de suyo emotivo, y le estrujamos a cada momento los nervios para que palidezca de angustia. Puede ser que esta táctica resulte extraordinariamente eficaz para ganar escaramuzas de momento, pero la considero deletérea para edificar la índole, en formación todavía, de un pueblo joven.

Si no yerra mi criterio, hemos hecho, en estos últimos tiempos sobre todo, lo que se denomina en la hora actual "una guerra de nervios"; y queremos que todas las tardes el pueblo colombiano tenga una sacudida de tal naturaleza que vacile de la capacidad para seguir sus destinos y perturbe su criterio hasta perder el equilibrio espiritual. El discurso estupendo, como oratoria, y más estupendo aún como sagacidad, que escuché en el día de ayer acerca de las relaciones exteriores de Colombia, me dio esta misma impresión. Ya había visto cómo, con muy discreta manera, por lo astuta y porque tiene una orientación bien definida, la oposición al Gobierno iba recorriendo ministerio por ministerio para colocar a la Nación ante la angustia de ver que había abismos de incapacidad y abismos de incuria, si no abiamos a veces de dolo, en cada uno de ellos; y cuando el Gobierno con absoluta serenidad liquidaba este ambiente torturante de uno de esos despachos, imparable, la oposición pasaba al siguiente.

Ya va para cuatro meses que la República se preguntará: ¿Qué queda de todas aquellas denuncias de la oposición? Y es preciso decir que a pesar de las brillantes defensas que han hecho aquí los miembros del Ejecutivo y los miembros del Parlamento amigos del gobierno quién sabe si en el ánimo de los colombianos queda alguna vacilación que disminuya el optimismo que debemos crear en este pueblo, para que pueda proseguir con suficiente energía vital y con una conciencia plena de su valer, la pesada carga que implica el crearse un destino.

Si yo no estoy equivocado, descartadas todas aquellas maneras extraordinariamente hábiles, que consisten en presentar un "tal vez", un "aunque", unos suspensivos, un paréntesis y, sobre todo, en colocar dos suposiciones en oposición, para que el auditorio deduzca la consecuencia, la situación actual del Gobierno, que pudiera desprenderse del brillante discurso del H. S. Laureano Gómez, es más o menos la siguiente: La historia se repite: estamos en la misma situación que contemplaba este país cuando el Excelentísimo señor Marroquín había padecido al País graves consecuencias en su situación internacional; si fuera el actual Canciller un símil del Excelentísimo señor Marroquín, mas no sería esto bien adecuado. Si iluminamos esta opinión del S. Gómez, tendríamos las siguientes equivalencias: que es el Excelentísimo señor Santos un semejante del señor Marroquín en materia internacional; que a mi me corresponde, por haber ido a Panamá, el papel de Obaldía; que el señor Franklin Roosevelt repetiría la misma actuación espiritual de Teodoro Roosevelt, y por último: que el S. Ge-

mez sería en el Senado de la República el "alter ego" de don Miguel Antonio Caro.

El S. Laureano Gómez.—Esas explanaciones imaginativas son exclusivamente por cuenta de su señoría.

El Ministro.—Es verdad. Por una cuenta que sigue precisamente el pensamiento recóndito que inspiró aquella comparación, porque para que se dedujeran consecuencias, fueron dichas esas palabras. Y era de tal manera preciso este pensamiento, que se dice en oposición de opiniones, en yuxtaposición de opiniones, para que el oyente deduzca la consecuencia, que a la vez que se firmaban convenios de solidaridad se hablaba de empréstitos, produciéndole un escalofrío que recorre su columna vertebral. Se pregunta quizás el auditorio: ¿Cómo un eminente Senador de la República dice esto, sin una convicción profunda, cómo es posible que traiga opiniones de esta cuantía moral y no se saque consecuencia grave?

La República está acostumbrada a escuchar de labios del Senador Gómez siempre una adecuación perfecta entre el pensamiento y la palabra, a él no se le escapan frases vagarosas de orador principiante que pudieran llamarse "lapsus linguae". Certero es en su dicción y certero es en su intención; y es por eso por lo que yo hago esta ampliación legítima, y también para que se tenga en la cuenta cuán hondamente afectado con ello quedó mi espíritu.

Porque el que esto habla fué quizá el hombre que en Colombia emitió una opinión más severa sobre la actitud del señor Marroquín respecto de la situación de Panamá en 1903. Y muchas veces, con la angustia de una conciencia que quiere continuar la línea perfecta de la honestidad, he releído esas páginas, para ver si sería discreto y oportuno corregirlas, y confieso que nunca me he atrevido a quitar un adjetivo de los que están ahí. Pero tendría también que añadir, ya que este símil nos ha llevado a cuatro paralelos, que si el señor Marroquín tuvo grave culpa entonces, no menos y quizá un poco más la tuvo el ilustre señor Caro.

De manera que si él creó aquella situación en el Senado de 1903 y el Senador Gómez crea esta situación en el Senado de hoy, la experiencia nos está indicando con ceño adusto: ¡Cuidado con las exageraciones a que una pasión política puede conducir en detrimento de la patria!

LAS CONFERENCIAS INTERAMERICANAS. — Vamos a ver de qué manera hemos procedido en el gobierno para la preparación de las últimas Conferencias Interamericanas y para nuestra actuación en

ellas. Desde luego recojo una de las acusaciones más severas y que más impresión pudieron hacer ayer en el Senado de la República: la de que nosotros los que hemos colaborado en este gran negocio, lo hicimos a espaldas del Congreso y a espaldas de la opinión misma nacional.

Me perdonará el Senado que antes de entrar en materia haga una leve incursión en el campo técnico.

Una frase célebre hay en la historia de los últimos años de la política colombiana, y es aquella del doctor Carlos E. Restrepo cuando dijo: "Colombia, país único". Este enunciado en su vaguedad tiene múltiples aplicaciones, pero de suyo una grande imprecisión. ¿"País único" por qué? Yo no quisiera tomar todos los aspectos que ello puede tener en un desarrollo ideológico, sino que voy a dar una interpretación a lo menos que justifique este calificativo de país único, y es la de que la realidad no engrana en la mente de los colombianos.

Hay en la obra de Dostoiewski un libro extraordinariamente impresionante sobre los comienzos de la perturbación mental, en una dolencia que se llama esquizofrenia. Me impresionó mucho, pues no encontré en ningún tratado de medicina nada más exacto que la descripción que hace el artista del proceso mental perturbado, que consiste en una incapacidad de engranar o articular la mente a la realidad externa.

En el caso colombiano no es esto: es la realidad la que no entra la que no se articula, la que no se vincula a la mente de los colombianos. ¿Es ello locura acaso? No, no lo es. Es apenas una falta de disciplina mental: Es una falta de atención, y una falta en la calificación de las categorías.

Pasamos tan aprisa por todas las cosas, que dejamos inadvertida la sustancia misma de los negocios fundamentales. Se ha dicho que a espaldas de la opinión pública y del Congreso Nacional se ha efectuado esto. ¿Acaso el que está hablando no se presentó al Senado de la República a explicar cómo preparó el Gobierno cada una de sus medidas para el nombramiento de los Delegados a aquella conferencia, y la trayectoria espiritual que en ella iba a seguir? ¿Y no dijo el Senado de la República "está bien"? ¿No lo oyó el Senado de la República? ¿Y cómo después, inmediatamente que regresa el Jefe de la Delegación hace una exposición a la prensa, esto hemos hecho—le dice al país—y lo publica en los cotidianos y lo publica en revistas; y cómo después se presenta a la Cámara de Representantes en una sesión que dura dos horas, y dice punto por punto cuanto ha ocurrido y la Cámara de Representantes

tes le da un voto de aplauso por unanimidad... A espaldas del Congreso Nacional?

El S. Gómez.—¿El Gobierno, o el Canciller, sabía que se iba a discutir en Panamá el problema eminentemente político del mar territorial?

El orador.—No se sabía, porque no había sido presentado. Mas si se sabía, con qué orientación nacional y nacionalista debía conducirse, y el género cubría todas las especies que después se presentaron: El senador Gómez no sabe lo que le ocurrirá al salir de este recinto, pero sí ciertamente, que se conducirá como un hombre de estricta honestidad y estricta cultura.

Entonces, después de esta presentación al país, ¿con qué derecho puede decir un honorable Senador que ha sido realizado todo esto a espaldas de la opinión pública y a escondidas del Congreso Nacional y como de asalto y más que todo, que se ha privado de sus fueros a este Senado de la República? Yo he visto los ojos dilatados de los ilustres senadores que miraban al orador como diciendo: En verdad, se ha disminuído el fuero del Senado de Colombia y si no le aplaudían era por respeto, por discreción, por aguardar esta explicación que llevo adelante. Pero bien se notaba en la fisonomía de cada uno: ¿y si este hombre tiene razón, cómo podrá el Gobierno defender su actitud, cuando el Ejecutivo viene a disminuir todo lo que es la majestad misma de la representación nacional en su más alto cuerpo, cómo podrá uno de sus representantes aclarar aquí y tener una situación honesta con esta inferior en que se ha colocado y ha querido colocar al más augusto cuerpo representativo de la nación? ¡Impresionante! Y lo repetía el Honorable Senador para que marcara bien su huella en el ambiente del Senado y crear el ánimo propicio para las conclusiones a que se encaminaba.

## LAS CONCLUSIONES DE PANAMA

Vamos a ver que el Gobierno ha respetado constantemente esos fueros y, más aún, que los ha enaltecido. En primer lugar: ¿Es verdad que Colombia, por medio de su representante en la Conferencia de Panamá, ha extendido el radio de las aguas territoriales hasta colocarse en el ridículo de no ser capaz de defenderlas, simplemente para seguir la opinión de otros pueblos, en cauda humilde? Honorable Senador, he aquí un hecho que me avergonzaría extraordinariamente: el de un

Ministro que va a firmar algo que no entiende, que está columpiándose en las constelaciones mientras que los hombres prácticos del Continente le meten un artículo que comprometa las instituciones nacionales. ¿Cómo es eso, de que cuando el Derecho Internacional precisa tres millas, nueve millas, doce millas, treinta millas a lo sumo, de zonas territoriales que puede defender una nación, un país débil, en circunstancias graves como las de una guerra, se lanza al azar y prolonga esa jurisdicción trescientas millas mar adentro? ¿No es éste el pecado capital del Excmo. señor Presidente de la República al haber traído al Despacho de la Cancillería a un hombre ignorante en estas materias, a un hombre que nunca vio un texto de Derecho Internacional, y por lo tanto se podría jugar con su mente llevándole a donde se quisiera?

El S. Laureano Gómez.—También son explicaciones por cuenta de su señoría.

El Ministro.—Nada más cierto que el sacar esta conclusión, porque si no era ignorante, y si no era un alelado que no se daba cuenta de la realidad, ¿cómo podía, a menos que dolosamente renunciara a su patria, cómo podría este hombre firmar lo que no entiende? Ya otro ilustre colombiano, mi eminente amigo Aquilino Villegas, en página editorial de "El Siglo" había proclamado esta tremenda verdad contra el Canciller, y con su lenguaje pintoresco y su gran capacidad literaria había dicho: "Este país que no tiene una batea para navegar se declara solidario en la defensa de un mar territorial de trescientas millas más allá de la periferia de los continentes"....

Y me decía yo: si lo afirma este ciudadano que es eminente en las letras, y jurista también, ¿cómo he podido cometer este horror de disparate? ¿Cómo me cupo en la sesera hazaña de esta magnitud demencial? Y en realidad tuve piedad de mi patria: ¡Pobre Colombia que ha visto encomendados sus destinos a un hombre que no es diestro en el mar territorial!

Señores, infortunadamente para mis nobles adversarios, están equivocados ciento por ciento. El concepto de mar territorial, defensa de la nacionalidad en sus costas, tuvo siempre la amplitud del alcance de las armas defensivas que garantizaban esa soberanía, y por eso la ondulación conceptual, que dice tres millas, seis millas, doce millas y va avanzando con la técnica defensiva de los tiempos. Hoy día ¿cuánto alcanza el cañón de máxima potencia? Pues allá aspiran las naciones a que se limite el mar territorial y con estas novedades de los buques porta-aviones, de los submarinos que vienen encubiertos a...

gredir en lejano ambiente, ¿qué queda de aquel mar territorial que se puede defender desde las costas?

Parecería que fuese yo a hacer una ampliación, por necesidad técnica, del mar territorial... pues no es así, ni así fue. Lo que ha pasado es que nosotros en Panamá hemos conservado la línea perfecta del Derecho Clásico Internacional con su distinción de aguas nacionales, aguas territoriales, y una creación nueva de ese Derecho, la de "aguas continentales". Es un concepto nuevo que está apareciendo en la América, porque América es la que en este instante crea con mayor fecundidad y eficacia normas de Derecho Internacional. Es el concepto nuevo de "aguas continentales, "y nosotros allá fuimos severos en la retención y defensa de ese Derecho Clásico. Ninguna nación, ni del Continente Americano, ni de continente alguno del resto del orbe, puede intervenir en las aguas territoriales colombianas ni de los otros países de América. Se conserva nítido el derecho: aguas nacionales y aguas territoriales tienen la bandera de su país, para que sea defendida en ellos, y sagrados los derechos por unánime consentimiento de las Conferencias Panamericanas. Pero ha surgido, mediante el avance de la civilización y las peripecias de la cultura, una nueva necesidad, la de contemplar las aguas o mares continentales, como ocurre con las aguas submarinas el espacio de la navegación aérea y los cauces mismos de las ondas hertzianas.

En este momento en que los beligerantes se han arrogado el fuero de formar zonas como si les pertenecieran, en los mares, para allí propiciar el ataque a sus enemigos y hacer que esas aguas, que no son territoriales ni nacionales sino libérrimas de los océanos, queden sujetas a su dominio agresor, en el instante en que Europa precisa esas zonas y dice: "aquí mando yo, aunque sea en mar abierto", si ellos se toman un derecho para hacer el daño, por qué América no ha de crearse un derecho para hacer el bien?

El S. Gómez.—En dónde está esa declaración?

El Ministro.—No hay más declaración que la del hecho que le dice a las Cancillerías: 'No cruce por tales mares, la libertad de los mares es para mi conveniencia, ese es mi derecho defensivo y agresivo', y no hay en los pueblos débiles manera de oponerse a ello. Nosotros en América hemos contestado: "Tomamos como defensa de la soberanía una mayor amplitud de los océanos, porque en los tiempos contemporáneos no basta a ella el mar territorial: ¿Cómo impedir que sean corta-

das las líneas de comercio que van cruzando la América? Simplemente con la distancia defensiva de los mares territoriales, máximo de treinta millas? ¿Cómo podríamos evitarlo si viene una guerra de submarinos y de minas, a invadir dichas zonas "Sea high-ways", o grandes rutas del océano, por donde comercian estos pueblos? ¿Ni con qué derecho los otros continentes vendrían acá a impedir el desarrollo natural de nuestra civilización y de nuestra economía, en nombre de qué libertad de los mares, podrían apoderarse de todo nuestro porvenir y arrebatárnoslo sin que nosotros pudiésemos reaccionar en forma alguna?

## ORGULLO NACIONAL

Y aquí entra un elemento de orgullo nacional: se ha dicho que este pensamiento surgió en la gran República Norteamericana y que las demás naciones le siguieron en una forma improvisada; mas no es así. Ya desde la última guerra de 1914 a 1918, los pueblos latinoamericanos propusieron esta inmensa zona continental para defenderse y entre esos pueblos, Colombia.

Tenemos también lo de la dificultad de proteger aquella zona continental y las múltiples peripecias que por la neutralidad y por la dignidad nacionales pudieran suscitarse de ello. Es preciso entender claramente: estamos en presencia de ORIENTACIONES INTERNACIONALES, que son las que han dado las Conferencias Panamericanas, a la manera de conceptos en formación, conceptos de derechos y conceptos de deberes. Para la ilustrada mente de los Honorables Senadores no es un disparate el decir "conceptos en formación", porque hemos visto derechos que vienen constituyéndose a través de los siglos, lentamente, y deberes de la misma índole que requieren grandes lujos. La actuación de las Conferencias Panamericanas es precisamente esa: la de ir haciendo declaraciones, sugerencias, propuestas, para encauzar la opinión de América e ir creando precisamente esos conceptos de derecho y de deber que le corresponden.

¿Hemos nosotros, acaso, firmado tratados que obliguen a la nación en la forma imperativa en que los tratados bilaterales o multilaterales clásicos lo disponen? Esta es la equivocación. Nosotros tenemos, en presencia de un caso dado cualquiera, todas estas soluciones: si ocurre en las aguas territoriales, plenitud de soberanía de la Nación, sin que haya posibilidad de ninguna intervención extraña, y esta tesis

ha sido sostenida por cada una de las 21 Repúblicas de América en todas las Conferencias Panamericanas, sin excepción, principiando por los Estados Unidos, que lo repitieron hasta la saciedad, y dejaron esto establecido en múltiples ocasiones, una de ellas precisamente en la Conferencia de Panamá, como voy a leerlo ahora.

¿A qué nos hemos comprometido, Honorables Senadores? Esta primera declaración, declaración conjunta de solidaridad continental, tiene la paternidad honrosa de Colombia. El mar territorial está aquí definido, como que depende exclusivamente de la soberanía de los países americanos, cada uno aparte, y el mar continental, como lo dije, es un concepto en formación en el derecho internacional de América.

El H. S. Gómez.—No implica un compromiso para Colombia?

El Ministro.—El compromiso moral que vamos a ver y vamos a delimitar.

El H. S. Gómez.—Que quede negro sobre blanco.

El Ministro.—Y tiene toda la razón el H. S. Gómez, porque no viene el Canciller de Colombia a eludir dificultades, sino a iluminar la conciencia nacional... Dice la declaración fundamental, presentada por Colombia y aprobada unánimemente: 1o.—Que se reafirman las declaraciones de solidaridad entre los pueblos de este Hemisferio proclamada en la Octava Conferencia Internacional Americana de Lima de 1938; 2o.—Que se esforzarán por todos los medios (aquí está la definición), que se esforzarán por todos los medios espirituales y materiales adecuados de que disponen, por conservar y fortalecer la paz y la armonía entre las Repúblicas de América, como requisito indispensable para que puedan cumplir con eficacia el deber que les corresponde en el proceso histórico universal de la civilización y la cultura; y 3o.—que estos postulados son ajenos a todo propósito egoísta de aislamiento y antes bien se inspiran en un alto sentido de cooperación universal, que mueve a estas naciones a formular votos fervientes porque el deplorable estado de guerra que hoy existe en algunos países de Europa, con grave peligro para los más caros intereses espirituales, morales y económicos de la humanidad, y porque de nuevo reine en el mundo la paz, no de violencia, sino de justicia y de derecho“.

Me parece que no se puede dar una definición más precisa, más medida, que ésta, en defensa de la civilización, de la cultura, de la paz, de la democracia, de la economía, de los grandes bienes del Continente. Yo me pregunto: ¿cuánto hace que América solicita de su propio es-

piritu esta solidaridad continental? ¿Acaso nació antes de ayer en Buenos Aires, acaso nació ayer en Lima, acaso nació hoy, surgente y espontánea, en Panamá? Ninguno de los honorables senadores se haría a sí mismo el poco favor de creer tamaña necesidad.

Por esta solidaridad del continente han pasado cuatro siglos de historia; solidaria fue América en la conquista y en la colonia, sobre todo, que el adjetivo americano, unívoco fué para todos estos futuros países que habían de surgir de la descomposición colonial. Y en el instante mismo de la independencia, toma la bandera Colombia y le dice a este Continente: "Somos solidarios!" Y en la misma sede de Panamá, muy cerca de la Sala Capitular donde entonces los representantes de Colombia, don Pedro Gual a la cabeza de ellos, sostuvieron esos principios, un siglo después el Canciller de Colombia confirmó la misma fe.

### SOLIDARIDAD Y SOBERANÍA

¿Solidaridad que comprometa la soberanía del país? ¿Si es la esencia misma de las aspiraciones del Continente, y esencia todavía más ahincadamente presentada por Colombia en cada uno de los instantes de su vida internacional, en qué disminuye la soberanía esta solidaridad? Que temible locura: ¿Dónde estaríamos nosotros si no viéramos que pueblos débiles, como hemos sido, y que apenas ahora sales de esa flaqueza histórica de su constitución, requerían y requieren la solidaridad del Continente para que no haya voluntades aviesas que quieran mirar hacia la destrucción de su soberanía? ¿Se sacrifica un ápice acaso de esa soberanía porque nos hagamos solidarios? Ni una. La solidaridad como un palio, cubre las soberanías, no interfiere en ellas, ni las disminuye o destruye. Es el grandioso palio del Continente, sobre un grupo de pueblos que quieren construir su historia según su índole, y temerosos de las perspectivas, demasiado visibles, demasiado agresivas, que pudieran perturbarles su vida se precaven de ellas. En ninguna forma la solidaridad del Continente puede traer nos esa disminución de soberanía; no hay en este instante, un solo pueblo, grande ni chico, en la América, que intente daño a ninguno de sus hermanos. Lo hemos sentido nosotros en la palabra llena de fervor ideológico de los gobernantes de aquellos grandes países que antes tuvieron veleidades de conquista; lo hemos sentido más que en ellos en la mirada fija, un poco relampagueante, de los defensores de su soberanía en cada uno de los Estados Americanos que en todas las r

sambleas habidas han dicho: "Aquí estamos para sostener este principio de la libertad absoluta de nuestras democracias individuales".

Me parece que sería grave pecado nuestro el estar actuando sobre sugerencias un poquito soterradas; yo me levanto contra esta manía nuestra de estar rememorando un pasado que liquidamos honestamente, y que con todo el espíritu que caracteriza a una nación consciente de lo que estaba haciendo firmó pactos de amistad y de lealtad. El repetir todos los días la queja que se enjugó con esos pactos, no es de hijosdalgos. Liquidado el pasado, vamos a construir la historia, a construir el futuro. Mal podría pensar de nosotros el que con nosotros negoció, si, después de haber dado la satisfacción plena y de firmar el pacto, siguiéramos en inacabable recusación. Lealtad de caballeros nos manda que, empeñada la palabra, el espíritu la siga, porque no es de varones completos el estar bajo una sugestión de que se nos traiciona constantemente. Eso implicaría también en nosotros un estado propicio de traición, pues que solo piensa en el dolo, en lo avieso, el que no está bien seguro de su espíritu: ¡Los nobles entendimientos y las voluntades bien formadas, cuando tienden la mano, la tienden con la precisión de un voto, y no para el encubrimiento de una sospecha!...

## LA DECLARACION DE PANAMA

Pero hay más: visto ya lo que Colombia presentó, en la forma precisa en que lo hizo, con asentimiento de sus hermanas del Continente, miremos la parte que inquieta al honorable Senador Gómez; la Declaración de Panamá. La en que precisamente se determina este nuevo concepto del mar continental: "Los Gobiernos de las Repúblicas Americanas reunidos en Panamá, han ratificado solemnemente su posición de neutrales en el conflicto de Europa. Pero la actual guerra puede llegar a derivaciones insospechadas que por su gravitación afecten intereses fundamentales de América, y nada puede justificar que el interés de los beligerantes prevalezca sobre los derechos de los neutrales, causando trastornos y sufrimientos a pueblos que por esa su neutralidad en la contienda y en lejanías del teatro de los acontecimientos no deben sobrellevar sus fatales y dolorosas consecuencias.

"Durante la guerra mundial de 1914 a 1918, los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, presentaron y apoyaron proposiciones individuales recabando en principio una declara-

ción de las Repúblicas Americanas para que las naciones beligerantes se abstuvieran de realizar actividades bélicas a una distancia prudencial de sus costas. El carácter de la conflagración actual, a pesar de sus ya lamentables proporciones, no justificaría entorpecimiento alguno de las comunicaciones interamericanas que, fomentadas al calor de importantes intereses, reclaman una protección adecuada. Esta realidad aconseja la demarcación de una zona de seguridad, que comprenda todas las rutas marítimas normales que sirven de comunicación y de intercambio entre los países de América. Para ello se precisa como fórmula de necesidad inmediata, la adopción de disposiciones urgentes, basadas en tales precedentes y en la garantía de sus intereses, con el objeto de evitar la repetición de los perjuicios y sufrimientos experimentados por las naciones americanas y sus ciudadanos en la citada guerra del 14 al 18.

"No cabe duda de que los Gobiernos de las Repúblicas Americanas deben prever estos peligros y como medida de protección propia insistir en el propósito de que en sus aguas, y hasta a una distancia razonable de sus costas, no se realicen actos de hostilidad, ni se desenvuelvan actividades bélicas, por los partícipes de una guerra en que dichos gobiernos no toman parte.

"Los Gobiernos de las Repúblicas Americanas acuerdan, que se esforzarán por obtener de los beligerantes la observancia de las disposiciones contenidas en esta declaración, mediante representaciones conjuntas a los gobiernos que en la actualidad o en el futuro tomen parte en las hostilidades, sin que este procedimiento pueda afectar el ejercicio de derechos individuales de cada Estado, inherentes a su soberanía".

Bastaría esto para que el Senado de Colombia se diese por satisfecho y quedase tranquilo. . . . Pero dice más aún: "Los Gobiernos de las Repúblicas Americanas declaran además, que siempre que lo consideren necesario se consultarán entre sí".

Aquí entra otro de los progresos del Derecho Internacional Americano. Así como aceptamos, a más de los tratados y los convenios, los derechos y los recursos de arbitraje, creamos aquel hermoso principio de la conciliación, que es una de las bellas adquisiciones que América ha aportado al Derecho Público Universal, conciliación que busca el avenimiento sin obligaciones, apenas una orientación moral, pero una orientación efficacísima, así también ha creado éste de las consultas, que se aplica precisamente en aquellos casos de una dificultad extrema. Supongamos que en las peripecias de una guerra extranjera al país, ex-

tranjera a Colombia, se suscitara un peligro para ella en sus intereses económicos o en la defensa de su neutralidad o en la defensa de su soberanía, y que no pudiese atender con su propio recurso a esta situación creada así inesperadamente y superior a sus capacidades, cual es el camino que le queda? En qué consiste la consulta? En llamar a solidaridad a sus hermanos del continente y denunciarles: "He aquí un peligro de mi soberanía, para el cual solicito el apoyo de la solidaridad de América". Entiende el Senado que en lugar de una disminución de la soberanía, es un amparo de esa soberanía, es un aumento de esa soberanía? Que esa consulta implica la obligación inmediata de determinados actos? Contestaré conforme a lo leído antes, que sí... mediante los recursos de que disponga cada país y mediante los intereses peculiares de la soberanía.

Es, pues, algo que tiene un valor fundamentalmente espiritual, que tiene una fuerza de acción conjunta, que presenta un bloque al resto de la humanidad, un bloque continental, que hace que en ningún modo sea menospreciado, porque si la actitud individual de una nación relativamente pequeña pudiera pasar inadvertida en caso de que su soberanía estuviese en peligro, no hay riesgo de que la actitud conjunta del Continente pueda así ser dejada de lado. En lugar de una disminución de la soberanía, repito, es su consolidación y su mayor fuerza.

Esto es lo que se encuentra en la declaración que hace el Brasil, interpretando la intención de todos los demás países, porque así fue escuchada en las varias conferencias, declaración que no deja lugar a la menor duda respecto de estos principios que estoy dilucidando. Dice el Brasil: "La soberanía de las Naciones del Continente Americano se funda en las bases inviolables de consulta, de no intervención, de conciliación, de arbitraje, y, más que todo, en la vocación pacifista de los pueblos americanos enemigos de la guerra y amigos de la paz. Nada tememos ni podremos temer en América unos de otros. Antes, por el contrario, unos en los otros tenemos, en la tierra, en el mar y en el aire, la seguridad para cada uno y para todos los pueblos americanos".

La seguridad continental contra agresiones de ultramar, requiere ser consignada sobre bases más seguras, y entonces esta zona marítima de seguridad tendrá desarrollo en estas bases: nada tenemos que temer de las naciones de América, pero sí debemos defendernos de cualquier peligro más remoto. Y lo confirma la situación misma de la Argentina: La Argentina en un principio se presentó con la na-

tural y legítima inquietud de que una liga, asociación o convención cualquiera internacional, pudiera disminuir esos fueros que ella también protege, de la propia soberanía, y después de un estudio detenido, y después de que padeció en su propio cuerpo de estudio peripecias de graves perspectivas, comprendió que no había riesgo alguno en esta solidaridad del Continente, y en la última Conferencia adhirió plenamente a su declaración.

## LAS FACULTADES DEL GOBIERNO

Nosotros no podíamos presentar a la consideración del Congreso actos que no tienen la significación precisa de tratados ni de convenios internacionales, sino de orientación. Y estábamos actuando mediante el precepto constitucional, que dice que el ejecutivo "regula las relaciones internacionales". En este entendimiento no se puede exigir que un Gobierno presente al Congreso lo que va a realizar, a afirmar en la Conferencia Panamericana, que de suyo tiene de aleatorio toda la espontaneidad de las proposiciones que han de llegar a ella. Tiene un libre juego, el libre juego de estar obrando bajo el imperio de la constitución y las leyes nacionales, en defensa de los intereses de la nación. No hay en ninguno de estos acuerdos, en ninguna de estas orientaciones, en ninguna de estas sugerencias de las Conferencias Panamericanas, nada que afecte ni los intereses espirituales ni los intereses materiales de la Nación y mucho menos, su soberanía. Sobre la base de esta presunción jurídica actúan en dichas Conferencias todas las naciones del Continente. Colocado en este plan, no ve uno por qué estas orientaciones que en nada afectan la fe de la nación ni la sustancia misma de sus derechos deba presentarlas a la consideración y aprobación del Congreso.

El caso es preciso y se ha presentado en los últimos días: ¿Qué hubiera ocurrido si el Presidente de la República, al ver que estalla una agresión de la magnitud moral de la que ocurrió a Finlandia, se hubiera presentado al Senado y a la Cámara en demanda de instrucciones? ¡Cuántas horas, cuántos días de discusión, sobre la conveniencia de emitir un concepto Colombia! Habrían pasado meses y tal vez no existiera la República de Finlandia cuando el Congreso hubiera permitido al Presidente emitir aquella opinión.

A más de esto, no podemos echar al olvido el ordinal noveno del artículo 115 de la Constitución que expresamente impone al Presidente

de la República "atender a la seguridad de la Nación", con lo cual lo autoriza para tratar de estas materias internacionales que tienden a confirmar y mantener dicha seguridad.

## DEFENSA DE INTERESES AJENOS

Se ha dicho aquí que fuimos a defender intereses ajenos bajo la apariencia de que se nos pide defender los propios, y la sugestión es precisa. Yo me pregunto: Lo que afecte a la entidad o a la dignidad o a la vitalidad de un país como Venezuela o el Ecuador, ¿le importa sustantivamente a Colombia o no le importa? ¿Es un interés suyo, o no es suyo? Vamos a defender intereses ajenos—se dice—sin analizar con justeza y mucho menos con justicia si es posible negar que el bien ajeno es en parte nuestro propio bien. Llevado así este pensamiento, que no solamente cubre la ética individual, sino también la ética internacional, es por lo que el Excelentísimo señor Presidente de la República sentó su doctrina: "No nos es indiferente la defensa del Canal de Panamá".

¿Intereses ajenos? Destruyamos uno de esos países vecinos americanos, y veremos en qué situación queda la misma Colombia. ¿Intereses ajenos? La impresión misma de esta voz egoísta ya nos da un malestar: su examen crudo, su pragmático análisis, nos dice que no solo espiritual sino materialmente está equivocada. América necesita defenderse solidariamente, continentalmente. Lo necesita porque es ruda la hora en la historia del Mundo, y lo necesita porque América es un Continente en formación. Cualquier actitud, cualquier actuación de países poderosos lejanos, puede deformar no solamente nuestro destino, sino la índole misma de nuestras poblaciones: Un Continente en formación, delicado como todo elemento vivo y joven, un Continente en formación espiritual, en formación racial, en formación económica, en formación política.

Por eso es más urgente en la América la solidaridad continental que en ninguno de los otros continentes, y por eso ha surgido aquí primero que en ninguno de ellos.

## DIVAGACION IDEOLOGICA

Yo no sé... Esto se encadena con algunas opiniones de mucha altura ideológica que escuché ayer de labios del honorable senador

Gómez respecto de las causas de la actual guerra europea... Yo estoy tranquilo, con ese agudo, inteligente análisis del Honorable senador Gómez.

Hay algo más de lo que él perspicazmente anotó y he de decirle: insistía él en una como polaridad agresiva entre los pueblos mediterráneos y nórdicos de Europa: recordaba la difusión local y temporal del cristianismo y del derecho romano en su expansión continental europea. Yo temo que sea un poco aventurado el considerar que en la historia algo se repite: no es mio el concepto, pero lo sustento con mucho gusto; el retorno nunca ocurre; el derrotero que tiene la historia no es circular, sino espiral, y si en un momento coinciden algunas situaciones en uno como meridiano, nunca pueden coincidir en la entidad misma, ni en las circunstancias de esa misma entidad, porque cada instante se está produciendo un ser nuevo, una entidad nueva, nueva, bien lo sabemos, trae consigo su espacio y su tiempo. La repetición no es posible. Pensar nosotros que esta es una polaridad agresiva, entre los pueblos bárbaros del norte y los pueblos cultos de la latitud mediterránea, ¡vamos, vamos, no me convence! No me convence, porque en el norte veo yo el grupo de Oslo con toda la bandera de la democracia, con toda la bandera de la cultura, y en fin, en el grupo mediterráneo, para qué nombrar excepciones fáciles de entender?

No hay esa polaridad: es más honda todavía que una circunstancia parcial este proceso de la guerra europea, es más honda; los hombres han perdido las normas que defendían su personalidad, y en este instante en la mayor parte de los pueblos que están asediados por este ímpetu de la guerra, vemos nosotros que el substrato, lo que subyace su pasión, es una lucha biológica, una lucha biológica implacable, que ha llevado a la falta de consideración por la persona humana y a la exaltación del Estado; dos cosas. Dos conceptos, están combatiéndose con la metralla europea: la economía contra el espíritu, y el Estado contra la personalidad. Más que una polaridad especial, en el Continente Europeo hay esa situación que se ha presentado agresiva en los últimos tiempos y que afortunadamente de ella no participa América, porque aun tiene espacio inmenso en lo planetario y espacio más inmenso aun en lo espiritual.

Aquí la persona puede para su trabajo tender los ojos a donde quiera, y orientarse y engrandecerse dándose un espacio, y puede el espíritu también levantarse y arrogante decir: soy entidad. Lo que in-

fortunadamente en otros continentes no sucede, porque esa entidad está inmediatamente comprimida y derrotada por un supuesto superior, el Estado, que le niega esa libre disposición. América posee aún espacio material para confirmar su espacio espiritual y de ahí que tenga todo un campo de creación de cultura, porque al tener ese espacio espiritual se va desarrollando el espíritu mismo y con el espíritu van surgiendo conceptos, una estructura y arquitectura ideal que tiende hacia el futuro, con creaciones inéditas que son nuestro sueño y que son nuestra fuerza a la vez.

### CRITICA DELETEREA

Yo creo, honorables senadores, regresando al principio de esta explicación, que teniendo constantemente sacudido a este pueblo con una guerra de nervios oratoria, para que no atine por donde debe orientarse, y constantemente vacile de la capacidad intelectual de los hombres, y del sustentáculo mismo de su moral, le estamos decapitando todo lo que tiene de prestigioso. Si, como lo soñara el loco emperador romano, pretenden cortar de un tajo todas las cabezas ilustres, que nos van a dejar estos oradores implacables en un país que está escaso de conductores? Que nos van a dejar si a cada uno se le coloca en la picota y se le dice: "Doloso, imbécil". ¿Con qué vamos a regir este país; quién quedará en este desierto; cuál el optimismo que puede tener una nación de nueve millones de habitantes a quien día por día, tarde por tarde y mañana por mañana se le grita: "No tiene quién la conduzca"! Ni en el solio de Bolívar hay nadie, ni en los ministerios encuentro un hombre capaz de administrar la República?" Qué pueden pensar esos campesinos, ocho millones de campesinos que escuchan por la radio la voz autorizada de sus mejores hombres, gritándole aquí en la tribuna por la tarde y en la mañana en la prensa: "Desolación, el país no tiene un solo conductor hábil!" ¿Es esta la manera de formar patria? En esta guerra de nervios que viene a beneficiar intereses de partido fugaces, no estamos nosotros ahorcando, fusilando por la espalda, a cuanto valor pudiera surgir, pues cuál será el joven que vea que como recompensa de los esfuerzos de patriotismo, de consagración a la República encontrará una tribuna en el Senado o en la Cámara o en la prensa cotidiana que le diga: "Imbécil" no huya alebrado de este viacrucis? ¿Con qué alientos se consagrará al estudio, de dónde toma-

rá ímpetus para darse a los suyos, si este es un martirologio? ¡Grave injusticia que pagaremos nosotros en nuestra propia cabeza y en la cabeza de nuestros hijos!

Muy al revés, muy al revés, señor Presidente, no es la voz de Colombia, es la voz de la América la que lo dice: este país tiene un sentido histórico, este país tiene un sentido conceptual, este país ha tenido una trayectoria convulsa, sufrida, trágica a veces, pero continua de idealismo, continua de lealtad a las normas, continua de ambiciones hacia un engrandecimiento, y en este instante los pueblos de América, veinte repúblicas, saludan en Colombia con respeto a ese espíritu del pueblo colombiano y de sus conductores. Y no es América sola: voces colombianas han tenido eco laudatorio: en medio de la tormenta, y en la angustia de estas horas, ha habido como una pausa de silencio para saludar con respeto la voz del Presidente que nos conduce, cuando ha definido normas supremas del Derecho Universal y de la especie.

Señores: Me van a perdonar los Honorables Senadores una memoria íntima. En la última tarde de mi permanencia en la ciudad de Panamá, visitamos en comunidad y homenaje la sala en donde se reunieron los del primer Congreso de 1826, Sala Capitular, en la plaza actual de Bolívar. Pequeño el recinto, tal vez no aristocrática la decoración, ¡qué importa!, bajo la pesadumbre de un siglo de historia y en aquel recinto, recosté mi cabeza a uno de los ventanales que dan a un patio simbólico, nada menos que el Mar del Sur, el Mar Pacífico, que llega con su oleaje a traer un saludo de la inmensidad, al sitio memorioso. Con la cabeza inclinada recordé la obra de Colombia en ese siglo, recordé que ahí se había iniciado un proceso internacional hijo de Colombia— y ya es la hora de decirlo, no tanto bajo la inspiración primordial de Bolívar cuanto la serena adecuación de Francisco de Paula Santander, cuya es la orientación ideológica que para este rumbo internacional adoptaron luego las naciones libres de América, y yo que estaba en aquel sitio y que sentía lo que había ocurrido en los últimos decenios de la historia patria veía el respeto con que ahí, los de allí y los de fuera recibieron el mensaje ideológico de Colombia y atendieron las voces de su gente. Y me dije: la bella actuación de don Pedro Gual y aquellas orientaciones de Francisco de Paula Santander no fueron inútiles: ¡En ese instante la América tiene cariñoso acatamiento por Colombia! El augusto Mar de Balboa que en otro tiempo al pie de estos muros saludaba la soberanía de mi patria, saluda hoy con el gigar-

te rumor pausado de sus olas el prestigio de su conducta ideal incólume.

Prestigio y conducta, Honorables Senadores, que justifican la encandecida fe de sus palabras en los destinos de esta tierra a que orgullosamente quisiéramos servir con los más altos dones del espíritu.

# EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

## ALGUNOS ASPECTOS DEL PROYECTO DE NUEVO CODIGO

Aunque el constituyente de 1910 en el artículo 42 de su acto legislativo número 3 ordenó al legislador el establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, éste, en las leyes que ha dictado sobre la materia en cumplimiento de aquél mandato, no ha dotado al control jurisdiccional de la administración de un instrumento suficientemente amplio y lógico, que le permita desarrollar su acción en forma acorde con el objeto a que está destinada, dando cabida a las nociones del verdadero derecho administrativo para mejor garantía de los administrados y mayor facilidad en el funcionamiento del Estado.

Tal estado de cosas ha logrado formar una corriente bastante fuerte, que impulsa a realizar la reforma ambicionable, y que se ha concretado en el Proyecto de Código de lo Contencioso Administrativo elaborado por el Consejero de Estado doctor Ramón Miranda y acogido unánimemente por la corporación de que hace parte, que lo presentó por conducto del Ministro de Gobierno al Congreso Nacional en las últimas sesiones del año pasado, debiendo éste considerarlo en las próximas.

Con el fin de contribuir a formar una conciencia acerca de esta reforma, de modo que por ignorarla no se le vaya a atacar, vamos a esbozar en que consisten sus aspectos esenciales, mostrando antes, para realzar el contraste, lo que hoy existe.

## LO QUE ES EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA ACTUALIDAD

Dejando a una lado las cuestiones relativas a la organización de la jurisdicción a que nos referimos, que no tienen aquí importancia dado el objeto que perseguimos, tenemos que actualmente la base de lo contencioso administrativo es el artículo 1o. de la ley 130 de 1912, que dice:

"La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley".

Se habla en la disposición transcrita de la determinación global de la materia propia a la jurisdicción administrativa y si no existiera sino ella, fácil sería a una jurisprudencia ágil enrumbarse por los diferentes caminos que es preciso adoptar en frente a las siempre cambiantes circunstancias sociales. Sin embargo, cuando más adelante se atribuye la competencia a los órganos de esa jurisdicción, se le restringe de tal manera el campo de su actividad, que en realidad se le desvirtúa.

La primera restricción la encontramos en la letra i) del artículo 18 de la misma ley, que al enumerar las funciones que tiene el Consejo de Estado como juez de única instancia dice:

*"De los recursos contencioso-administrativo contra las resoluciones de los Ministerios, que pongan fin a una actuación administrativa, con excepción de los que se originan en contratos celebrados en nombre del Estado, pues las acciones contra estas últimas providencias solo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria"*.

Como se ve, excluye de la revisión contencioso-administrativa los actos relacionados con los contratos del Estado, contradiciendo así lo dicho en el artículo 1o. arriba transcrito, pues su origen no cambia el carácter fundamental de tales actos, que es el de ser administrativos. Siguiendo ese mismo criterio se hace igual excepción en la letra g), del artículo 38, al referirse a las atribuciones de los Tribunales Administrativos Seccionales.

Al enumerarse en diferentes disposiciones los actos susceptibles de recurso contencioso, se deja traslucir que el único criterio que guió

al legislador fue el de facilitar el control de la administración exclusivamente cuando su actuación se expresa por medio de una declaración formal de voluntad, dejando fuera de lo contencioso-administrativo aquellas actividades en que la ejecución material es lo que muestra que el funcionario ha obrado.

Sin embargo, algunas reformas introducidas a la ley original han variado algún poco ese criterio primitivo. Así, la ley 28 de 1918, que estableció claramente la obligación de indemnizar en los casos de expropiación de hecho, atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento de las reclamaciones basadas en aquéllos. Igualmente el artículo 40. de la ley 80 de 1935, prevé que cuando se ejercita la acción privada, el fallador contencioso-administrativo determinará en la sentencia la manera como debe ser restablecido el derecho violado, de manera que saliéndose del dominio de las declaraciones de voluntad debe adentrarse en el de las ejecuciones materiales que son consecuencia de ellas.

Cuando el contencioso administrativo revisa los actos de los recaudadores de impuestos, en los casos en que el contribuyente ha debido verificar el pago antes de intentar la respectiva acción, el fallo anulatorio o reformativo, contiene también la declaración de la obligación para el Estado de restituir lo que indebidamente le fue pagado, lo que constituye otro ejemplo de control jurisdiccional sobre la materialidad administrativa.

Al control de lo contencioso administrativo se encuentra sometida tanto la administración deliberante como la ejecutiva, habiendo sido hasta ahora más efectivo con respecto a la primera en lo relativo a las administraciones seccionales, quizás debido a lo demasiado restringido de su competencia para actos de ejecución, que son los que más ordinariamente ejecuta la segunda, y de los cuales en general conoce la jurisdicción ordinaria, cuyos procedimientos, por lo dispendiosos, no dan suficiente garantía a la legalidad administrativa.

En el mismo artículo 10. de la ley 130 de 1933 se encuentra el germen de las acciones que se reconocen hoy como ejercitables ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero es sólo de disposiciones posteriores de la misma ley de donde ellas surgen con una individualidad propia, recibiendo los nombres de acción pública y acción privada, las que se encuentran establecidas claramente en la ley, y acción mixta una que ha sido el resultado del esfuerzo jurisprudencial. Así, el artículo 52 dice:

*"Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Seccional Administrativo que se declare la nulidad de una ordenanza u otro acto de una Asamblea Departamental que se considere contrario a la constitución o a la ley".*

Y el 71:

*"Si una ordenanza o una providencia cualquiera de una Asamblea Departamental se estima violatoria de derechos civiles, sólo la persona o personas que se créan agraviadas pueden entablar el juicio administrativo encaminado a obtener la declaración de nulidad".*

Disposiciones semejantes a las acabadas de transcribir se encuentran en cada uno de los capítulos dedicados a determinar la acción contenciosa con respecto a los diferentes actos administrativos sujetos a ella. Como puede fácilmente comprenderse por su simple lectura, se determinan dos puntos de partida, uno de los cuales ha de alegarse por quien ataque un acto de la administración. El primer artículo establece la acción pública y el segundo la privada.

Ambas disposiciones establecen exclusivamente la acción de nulidad, lo que se encuentra conforme con la tendencia general del Código que más atrás anotamos: dejar fuera del contencioso administrativo los actos de ejecución, que no son susceptibles de ser anulados, o en el caso de que lo sean, la declaratoria de nulidad es algo inútil, puesto que viene después de que los efectos dañinos originados en la violación del derecho se han producido. De ahí que se haya impuesto la necesidad de aclarar la cuestión, lo que hizo el legislador en la ley 80 de 1935, que en su artículo 4o. dice:

*"En los asuntos contencioso-administrativo, cuando se ejercita la acción privada, tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán, con la debida precisión, la manera como deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se haya solicitado".*

Fuera de esta dificultad de efecto que se presentaba en el funcionamiento de lo contencioso administrativo, subsiste hoy el problema de determinar en qué caso cabe una acción y en cuál otra, ya que siendo la base de ambas una violación de la ley, porque los derechos civiles también son establecidos por ésta, es en verdad supremamente difícil saber cuándo el actor persigue la satisfacción de un interés particular y no el que tiene todo miembro de un Estado por el cumplimiento de los estatutos que regulan el funcionamiento de éste.

La manera como se ha entendido en que consiste cada una de estas dos clases de acciones podrá comprenderse al leer algunos extractos de sentencias del Consejo de Estado que en seguida transcribimos:

“La providencia de una corporación o de un empleado administrativo en ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, es denunciabile por todo ciudadano en demanda de la declaración de nulidad cuando no se refiere a determinados derechos de personas naturales o jurídicas, es decir, cuando atenta contra una disposición de carácter general en cuya guarda está interesada la sociedad y no éstas o aquellas personas que se consideran agraviadas en sus derechos civiles. Por el contrario, si el acto afecta derechos civiles que como tales no pertenecen sino al patrimonio de ciertas personas, entonces son únicamente ellas las que tienen personería para establecer el juicio administrativo correspondiente en solicitud de la nulidad; y por más que al entablar la acción se invoque también la popular, ésta no puede prosperar por tratarse de una disposición que afecta únicamente derechos de personas determinadas”. (Sentencia de 27 de mayo de 1918. Anales del Consejo de Estado, T. VI, páginas 470 y 471).

“La observancia de las disposiciones legales es obligatoria para todos los habitantes del país, tengan o no la calidad de ciudadanos, y sean personas naturales o jurídicas; esas mismas leyes garantizan los derechos de cuantos residan en Colombia, sin más excepciones que las que en la materia establezcan los tratados públicos respecto de los extranjeros. De modo que si las leyes son obligatorias para todos los que se encuentran en el país, todos tienen también interés en que se mantengan incólumes como salvaguardia de los derechos que ellas mismas reconocen. De consiguiente, cuando el acto de un funcionario o de una corporación administrativa traspasa la esfera de las atribuciones que le están señaladas hay violación oficial de la Constitución o de las leyes, y es fuerza convenir en que cualquier persona tiene derecho a reclamar contra ese acto, como atentatorio de las garantías sociales”. (Sentencia del 14 de agosto de 1918. Anales del Consejo de Estado, T. VIII, página 186).

“En los juicios de acción pública, la demanda la equiparan los tratadistas a una censura, una queja, contra la infracción de la Constitución, la ley o la ordenanza, a fin de dar asidero o motivo adecuado para que las autoridades encargadas de la revisión de los actos de empleados o entidades públicas adquieran jurisdicción necesaria y puedan revisarlos en guardia de la integridad de la ley, y por no ser po-

sible iniciar de oficio estas reparaciones". (Sentencia del 11 de junio de 1923. Anales del Consejo de Estado, T. XIV, página 379).

"Creo que es suficiente la simple lectura del libelo, para llegar a la conclusión de que se trata de la clásica acción pública que a todo ciudadano reconoce la ley 130 de 1931. El Tribunal se dejó impresionar por la declaración que hace el actor al afirmar que el acto acusado lesiona derechos particulares. Claro está que todo acto injurídico, inconstitucional o ilegal puede lesionar los derechos de los particulares sin que esto obste para quitarle a la acción pertinente su característica de pública. Para el Tribunal a quo es bien sencillo distinguir la acción pública de la privada: si lesiona intereses particulares es acción privada y si no los lesiona es acción pública. De donde se deduce que el acto administrativo que se acusa en acción pública no puede nunca lesionar directa ni indirectamente intereses o derechos particulares. Extremando las consecuencias de la doctrina del Tribunal se llegaría al absurdo de no poder ejercitar nunca la acción ciudadana.

El demandante se refiere de manera incidental a la lesión de derecho de los particulares, es decir, de los ciudadanos, pero no como causa o razón principal de su acción; no obra tampoco como personero de terceros ni alega su interés individual en el asunto. Ataca el acto administrativo por extralimitación de la función reglamentaria que compete a los Gobernadores, por abuso en el ejercicio de una autorización, por violación de la libertad de industria consagrada en la Constitución y porque la medida prohibitiva adoptada por la Constitución no tiene carácter general.

Además no debe perderse de vista, para evitar lamentables confusiones, que hay actos administrativos que pueden acusarse en una o en otra acción, en la pública para conseguir una nulidad con efecto *erga omnes*, y en la privada para conseguir el restablecimiento del derecho violado y la reintegración del patrimonio lesionado mediante el contencioso de plena jurisdicción". (Sentencia de 9 de noviembre de 1937. Anales del Consejo de Estado, T. XXXII, páginas 216 y 217).

Las doctrinas hasta aquí transcritas muestran la evolución habida con respecto a la acción pública y dejan ver claramente cómo en un principio se tuvo un criterio que limitaba demasiado su cabida, sacrificando al formalismo, con ello, los fines elevados del control en el Consejo de Estado en una sentencia más bien reciente, ha dejado de lado todo este bizantinismo y adoptando el sistema científico de clasifi-

cación de los actos administrativos, ha consagrado una tesis, que aunque contempla un caso particular, sí responde en su fondo a las necesidades de toda jurisprudencia moderna. Se trataba de la acusación de un acto de remoción injustificada de funcionarios del servicio de instrucción pública que conforme a las reglamentaciones de éste tenían derecho a la inamovilidad, habiendo los actores ejercitado la acción pública. Se discutió si ésta era admisible y el Consejo dijo en su sentencia:

“Sólo se discute si los demandantes tienen derecho a ejercitar la acción pública intentada.

Para el señor Fiscal carecen de tal derecho por tratarse de un caso de una situación jurídica personal y concreta, en que sólo cabe la acción privada por parte del interesado que ha sufrido lesión en sus derechos.

Mas no es del mismo parecer el Consejo: no se reúnen en el caso estudiado los caracteres esenciales del acto creador de una situación jurídica individual, y antes bien, resultan reunidos los caracteres esenciales de los actos-condiciones que sí dan lugar al ejercicio de la acción pública para el restablecimiento del orden jurídico alterado”.

Sigue la sentencia con un examen de lo que es un acto condición y luego agrega:

“Sentado pues, que el Decreto número 372 de 1938 no crea una situación jurídica individual y concreta, sino que es un acto-condición destinado a colocar a un individuo en una situación jurídica general, impersonal, objetiva, hay lugar al ejercicio de la acción pública contra el acto por el cual se remueve a un empleado público contrariando la ley o norma de derecho que lo hace inamovible y que exige ciertos requisitos de aptitud o capacidad para ser nombrado. Y es que en casos como éste la violación de estos actos-condiciones implica la infracción del orden jurídico de la Nación, ya que tal inamovilidad y la exigencia de tales requisitos no se han establecido solamente en beneficio del agente nombrado o separado, sino teniendo en mira las necesidades y conveniencias del servicio público”. (Sentencia de 29 de marzo de 1939. Anales del Consejo de Estado, T. XXXVI, páginas 75 y 76).

Pero para formar un mejor criterio sobre esta cuestión conviene que veamos, antes de mostrar el expediente hallado por la jurisprudencia para salir del aprieto, lo que el órgano supremo del contencioso ha dicho acerca de la acción privada.

“Toda lesión de derechos civiles procede de un acto inconstitucional o ilegal; pero el Legislador ha querido que los medios de defensa de esos derechos civiles no los ejerciten sino los propios interesados. De otro modo se daría cabida a un procedimiento de consecuencias hondamente perjudiciales para los interesados y los derechos privados”. (Sentencia de 7 de mayo de 1915. Jurisprudencia del Consejo de Estado, Archila, página 94).

“Se entiende que contra un acto o providencia de los funcionarios o de las corporaciones administrativas se intenta la acción privada, cuando se acusa como lesivo de los derechos civiles que pertenecen al actor o a su representado, o cuando aunque así no se exprese, el derecho es de aquellos que por naturaleza pertenecen exclusivamente a quien intenta la acción. Por el contrario, si el acto se denuncia como lesivo de derechos individuales o derechos civiles en general, ha de entenderse que no se intenta la acción particular o privada que la ley de lo contencioso administrativo confiere contra los actos que lesionan derechos concretos de determinada persona: se demanda el acto únicamente en cuanto viola las leyes que garantizan la facultad particular no ejercitada, pero que pueden ejercerse por todos aquellos individuos que hacen parte de la nación, es decir, se intenta entonces la acción ciudadana”. (Sentencia de 19 de abril de 1918. Anales del Consejo de Estado, T. VI, página 360).

“Es evidente que en toda acción privada, es decir, en todo caso de la lesión de derechos civiles, hay una violación de la Constitución o de la ley, porque precisamente la violación de esos preceptos es la que ocasiona la violación del derecho particular reconocido y amparado por aquellas leyes; pero como en tales casos se busca no el imperio de la constitución y de la ley por lo que éstas tienen de obligatorio en sí para todos los asociados, sino la suspensión de ciertos males o agravios causados a determinadas personas concretamente con el acto administrativo, aquí no cabe la acción pública sino la privada, con todas sus consecuencias y efectos judiciales”. (Sentencia de 9 de julio de 1924. Anales del Consejo de Estado, T. XVII, página 239).

“Ha sido jurisprudencia constante del Consejo, que la acción con que procede el actor no es pública ni privada, o no se considera con esos caracteres, por el nombre o la determinación que el demandante le dé en su libelo, sino por la naturaleza de la acción en sí misma, tal como ella aparezca a la luz de las disposiciones legales aplicables. Es muy co-

piosa a este respecto y muy antigua la jurisprudencia sostenida por la corporación en este punto.

Las resoluciones que en el presente caso se dicen acusadas en acción pública no afectan sino a un determinado y reducido grupo de personas, algunos maestros de las escuelas públicas del Municipio de Bogotá, y por consiguiente sólo ellas, las personas que se pretenden lesionadas, han podido acusarlas con intención de que prosperaran las demandas respectivas, por considerar que tales actos administrativos eran violatorios de sus derechos civiles.

Por donde se deduce, a juicio del Consejo, que la acción con que se intentó la demanda es una acción privada, no obstante que la demandante manifestó con claridad que intentaba la acción pública contra la primera de las resoluciones a que se ha aludido, y la acción privada contra las otras dos resoluciones de la misma autoridad, o sea la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social Municipal.

---

Por otra parte dijo el Consejo: cuando los actos administrativos son especiales, y se refieren a una o más personas particularmente, y por lo mismo sólo afectan los intereses de esas personas, únicamente encuentra cabida la acción privada, porque solamente quien se cree agraviado es el llamado a intentar el juicio correspondiente de nulidad, según los términos de la ley". (Auto de 29 de julio de 1937. Anales del Consejo de Estado, T. XXXI, páginas 812 y 813)..

"Procede la acción privada cuando el acto o providencia que se acusa se estima violatorio de la Constitución, la ley ó la ordenanza, en el concepto de ser lesivo de derechos civiles, de manera individual y concreta. Debe entonces el interesado, para que su demanda prospere, acreditar que es titular de un derecho de tal naturaleza y el perjuicio que por la aplicación de dicho acto sufre o se le irroga, si por otra parte aparece la existencia de una infracción a normas superiores.

Esta restricción legal, por lo que hace a la lesión de derechos civiles, indica que no cabe el ejercicio de la acción pública invocando el desconocimiento en abstracto, o sea substituyéndose quien demanda a cuantos pudieran creerse agraviados con el acto de que se trate". (Sentencia de 17 de junio de 1938. Anales del Consejo de Estado, T. XXXIII, página 320).

Bien claramente resalta en las anteriores doctrinas que el Consejo de Estado, por causa de la ley, ha tenido que mantenerse en sus apreciaciones acerca de las acciones en el terreno de la vaguedad, tra-

tando más bien de atender en cada caso a las circunstancias que le sean especiales, pero sin poder determinar de una manera precisa, pero ni siquiera aproximada, el criterio diferencial de ambas acciones. A-notábamos antes cómo en los actos que lesionan los derechos civiles, concepto este que a su vez es imposible de determinar, también hay violación de la ley, y en algunas de las sentencias que hemos extractado podrá verse la dificultad que por esta razón se presenta y la necesidad a que se ve avocado el fallador de recurrir a escauceos de la imaginación para poder acomodar la realidad a la ley. Ante tantos inconvenientes la jurisprudencia se ha visto impulsada a la admisión de una nueva acción, la mixta, que se presenta en los casos en que tienen cabida las dos primitivas al mismo tiempo. Algunos conceptos del Consejo de Estado ilustrarán este punto.

"Para saber si contra un acto de autoridad administrativa procede la acción privada de nulidad o la acción pública, o ambas, hay que tener en cuenta si el derecho que afecta ha entrado o no al patrimonio individual, y si haciendo parte de ese patrimonio subsiste o no respecto de los demás como facultad garantizada por la Constitución o por la ley para poder ser ejercitada". (Sentencia de 4 de agosto de 1920. Anales del Consejo de Estado, T. IX, página 700).

"Ocurre que en ocasiones un acto de carácter general y obligatorio para todos los asociados afecte principalmente a una determinada persona o grupo ciudadano, como cuando se trata de disposiciones sobre determinadas industrias. En extremos tales coexistirán la acción pública y la privada; la primera en cuanto se trata de un acto de carácter general irregular, que requiere el restablecimiento de las disposiciones constitucionales y legales violadas; y la segunda, en cuanto ese mismo acto de alcance genérico lesiona los intereses de una o más personas determinadas. Pero cuando los actos administrativos son especiales y se refieren a una o más personas particularmente y, por lo mismo, sólo afectan los intereses de esas personas, únicamente encuentra cabida la acción privada, porque solamente quien se crea agraviado es el llamado a intentar el juicio correspondiente de nulidad según los términos de la ley". (Sentencia de 9 de julio de 1924. Anales del Consejo de Estado, T. XII página 240).

"Pero también tiene dicho el Consejo, no una sino repetidas veces, que la acción mixta sólo es procedente cuando se trata de un acto de carácter general y obligatorio para todos los asociados, acto que por su naturaleza quebranta el orden jurídico de la comunidad pero le-

siona igualmente el derecho individualizado del demandante. En tales casos coexistirán la acción pública y la privada: la primera, en cuanto se trata de un acto de carácter general irregular que demanda imperio de las disposiciones constitucionales y legales violadas; y la segunda, cuando tal norma objetiva lesiona los intereses de una o varias personas interesadas". (Auto de 3 de agosto de 1937. Anales del Consejo de Estado, T. XXXI, página 786).

"El interés privado no se opone al interés público, como ha creído el Tribunal de primera instancia. Es necesario que se haga justicia al particular agraviado por un acto administrativo y se restablezca el derecho lesionado; pero no es menos importante la conservación del orden jurídico existente. En el primer caso el ofendido debe volver por sus fueros; en el segundo, la ley ha otorgado a los ciudadanos el derecho correspondiente para el restablecimiento del orden jurídico violado. Por esto, cuando un precepto afecta un derecho civil individual y al mismo tiempo rompe las normas superiores de la Constitución o de la ley, tiene cabida, tanto la acción privada como la acción pública. Existe entonces el derecho a la doble acción, llamada comúnmente acción mixta". (Sentencia de 9 de noviembre de 1938. Anales del Consejo de Estado, T. XXV, página 959).

En realidad, en esta cuestión de las acciones contencioso administrativas en Colombia, es preciso hacer una separación de períodos, el primero que se extiende desde el establecimiento de la jurisdicción con individualidad propia hasta cuando fue dictada la ley 80 de 1935 y el otro desde la vigencia de ésta en adelante. Y decimos que hace falta verificar esta separación, porque sólo el nuevo estatuto legal da alguna base suficientemente firme para hablar de la acción privada, porque es entonces cuando el objeto pleno de ésta aparece. Antes, excepto en materia de impuestos y de elecciones, si el acto administrativo era de ejecución o si no siéndolo él mismo en sí, hubiera operado materialmente en las relaciones jurídicas, quien obtenía una solución favorable a sus intereses lograba en la mayoría de las ocasiones sólo una satisfacción platónica porque no era restablecido su derecho afectado. No obstante eso, la objeción fundamental que se impone hacer a esta clasificación de las acciones es la de que es excesivamente formalista, lo cual arrastra a un empirismo perjudicial sobremanera en este sector jurídico, cusa de que se haya tenido que recurrir por la jurisprudencia a la acción mixta, que como se puede notar en las doctrinas transcritas, no obedece a ningún criterio científico y trata únicamen-

te de compaginar la divergencia existente entre la ley y la realidad en los casos en que los hechos imponen hacerlo así, lo que acaece, en nuestro concepto, en casi todas las oportunidades. Tan poco racional es esta clasificación, que el Consejo de Estado en la exposición de motivos al proyecto de nuevo Código ha expresado su concepto sobre el punto así:

"Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, y hasta donde ello ha sido posible dentro de las peculiaridades de la organización política y administrativa de Colombia, se echan las bases legales que estructuran el contencioso de anulación y el contencioso de plena jurisdicción, criterio de contenido científico mucho más hondo que el que puso en vigencia la ley 130 de 1913, al instituir las acciones denominadas pública y privada, que más tarde, bajo el impulso de una jurisprudencia de alcance científico muy discutible y discutido, debían dar nacimiento a una tercera acción con el nombre de mixta.

Esta división tripartita de acciones ha sido el motivo de permanentes críticas, especialmente en lo que respecta a la privada y a la mixta. En lo que a esta última concierne, la misma jurisprudencia del Consejo en ningún punto como en éste ha sido tan variable e incongruente, no sólo en cuanto al fundamento y alcance de la acción, sino en cuanto a su existencia misma, que unas veces se admite y afirma y otras se niega de modo rotundo y sistemático, creándose así un verdadero caos en materia de tanta entidad y trascendencia".

Los actos administrativos pueden consistir en meras declaraciones de querer, pudiendo éstas revestir un carácter general o individual, y en manipulaciones sobre las realidades materiales. Si se trata de lo primero no se produce un perjuicio, no se afecta ningún interés particular, cuando se hace en violación del derecho, de manera que en realidad los actos entonces ejecutados únicamente podrán ser el origen de la operación material que vaya a producir un efecto contra el derecho de los individuos; de ahí que consideremos que entonces no podrá caber, dentro de un concepto de estricta legalidad, la acción privada. Sin embargo, puede suceder que esas declaraciones de voluntad, en el caso de que revistan un carácter individual, produzcan inmediatamente el efecto material, de manera que sólo con un criterio un poco sutil pueda distinguirse éste de aquélla y entonces sí habría lugar a admitir la acción privada.

No obstante lo anterior, si se hace una declaración de voluntad por la administración como acto preparatorio de otro que sí va a afec-

tar un interés individual, quien tenga éste no tiene por qué permanecer inerte esperando que la violación del derecho se consume. Si recurre al contencioso se planteará el problema de la acción que debe emplear, pues no puede hablarse aún de lesión de derechos civiles, pero como se trata de impedir que ésta acaezca, se encuentra un interés individual en presencia y tampoco parece lógico, dentro del sistema, que sea la acción ciudadana la ejercitada.

Hablábamos más arriba de que los actos administrativos pueden también consistir en manipulaciones sobre las realidades materiales y entonces el absurdo del sistema original de la ley 130 de 1913 salta a la vista. El fin de la acción privada según ella es también obtener la declaratoria de nulidad, es decir, borrar de la vida jurídica lo que no ha sido hecho conforme al derecho; pero los actos materiales no son susceptibles de que con ellos se haga esto, porque ya han producido su efecto, han pasado: un acto material no se anula, sino que se repara el daño que contra el derecho se causó con él. Aquí podrá notarse que en el campo en donde más fructífera podría ser la llamada acción privada, no tiene cabida, porque el modo como necesariamente tiene que obrar el contencioso no se acomoda a él.

Vino después la ley 80 de 1935, que estableció la competencia para que al mismo tiempo que se decretara la nulidad de un acto, se fijara la manera como debe ser restablecido el derecho violado. Se abre aquí una puerta amplia a la acción privada, que entonces ya tiene un objeto más preciso; sin embargo, las meras operaciones administrativas quedan por fuera del recurso contencioso, por acción privada, que en el fondo sólo encuentra cabida en los casos en que el efecto material se encuentra íntimamente ligado a la declaración de voluntad.

Las anteriores observaciones mostrarán las razones potísimas que hay para considerar como anticientífico el sistema existente en la actualidad, que salvo en cuestiones electorales y en parte en materia de impuestos, no da satisfacción ni al interés social ni al interés particular, y sólo ha originado un maremagnum en el control de la legalidad administrativa, porque por fuerza de él los órganos de lo contencioso administrativo han debido entregarse a un empirismo que ningún resultado eficiente puede dar.

Es quizás esta cuestión de las acciones la que más culpa tiene en el fracaso del sistema actual, que no ha podido hacer de nuestro derecho administrativo un cuerpo de doctrina armónico y capaz de satisfacer las necesidades del Estado de ahora. De ahí que al querer ha-

cer el paralelo entre lo existente y la reforma proyectada, hayamos detenido nuestra atención en este aspecto de la reglamentación de lo contencioso administrativo. Y aunque nuestra intención fuera dar una visión de conjunto de ambos sistemas en su totalidad, creemos que por ahora basta con lo que hemos mostrado como erróneo en lo existente, restándonos entonces analizar la manera como se le piensa subsanar.

Pero quizás nos falta aun decir que no obstante lo dispuesto en el artículo 10. de la ley 130, que al principio transcribimos, la fijación de competencia desvirtúa por completo nuestro contencioso-administrativo, haciendo de él un instrumento de excepción, sin acordarse de que su existencia se funda en la necesidad de que el sistema administrativo del Estado forme un circuito cerrado, que encierre toda la administración pública bajo sus aspectos activos y pasivos, es decir, de movimiento y de contención a este movimiento. Entre nosotros sigue siendo juez ordinario en materia administrativa el órgano judicial del poder público, teniendo tal carácter limitado por las excepciones en que consisten las leyes reglamentarias de lo contencioso-administrativo.

### BASES DE LA REFORMA PROYECTADA

Siguiendo un método opuesto al utilizado en la ley vigente, en el proyecto de nuevo Código se atribuye primero la competencia a los órganos de lo contencioso administrativo, para luego pasar a sentar las tesis generales que lo conformarán. Así, en el capítulo V se fijan las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado; en el VI las de los tribunales administrativos y en el VII se trata de la jurisdicción contra los actos de la administración.

Habiéndose establecido antes en cuales casos debe actuar el Consejo de Estado, el artículo 53 estatuye:

"Toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el Título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una sola instancia".

Y el artículo 75 dice:

"No son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa:  
10. Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato de índole civil.

20. Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraudes a las rentas nacionales, departamentales o municipales;

30. Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes;

40. Las atribuidas por la ley a otra jurisdicción”.

En virtud de la primera disposición transcrita queda claramente consagrado que el Consejo de Estado, supremo tribunal de lo contencioso administrativo, será el juez administrativo de derecho común y en virtud de la segunda se establecen los casos en que esa regla tendrá excepción. No ocupará ya la jurisdicción administrativa un lugar incómodo, marcado por límites demasiado estrechos, de los cuales en multitud de casos se sale la administración en su acción, quedando entonces sus actos fuera de la jurisdicción que le es propia y cayendo en una extraña, que por razón de un sistema legal anormal es el respectivo juez de derecho común.

La administración obra por lo general como entidad de derecho público, ya que no se concibe por razón de qué causa vaya a estar en la mayoría de las veces fuera del campo de su especialidad; si es admisible que esto acaezca en ocasiones para dar satisfacción al ideal de justicia, informador de todo derecho, no es cierto como aparece del criterio de la ley vigente, que con frecuencia inusitada sean los marcos del derecho privado los que encierren los actos de los órganos administrativos. Habiéndose reconocido la importancia y justificación científica de la jurisdicción especial y habiendo el constituyente ordenado establecerla, el legislador tenía el deber de considerar que en materia administrativa sería atribuido a su órgano principal el carácter de juez de derecho común. Se impone, pues, desde un punto de vista no sólo jurídico sino legal, el implantamiento de este aspecto de la reforma.

Para no alargarnos no entraremos en los detalles de la atribución de competencia: bastará con decir que a la jurisdicción ordinaria no le tocará conocer ni de las cuestiones nacidas de contratos administrativos, ni de las originadas en la jurisdicción coactiva del fisco, ni de las indemnizaciones a que haya lugar por el funcionamiento de los servicios públicos.

Pasamos ahora a la consideración de los principios que fundamentan las acciones en el proyecto, y sobre los cuales nos ilustra el siguiente pasaje de la exposición de motivos:

"La actual legislación sobre lo contencioso-administrativo, dice, reserva al ciudadano el ejercicio de la llamada acción pública, y aún no se ha sentado una doctrina definitiva que declare quién es el sujeto de esta acción. En ocasiones se ha sostenido que su ejercicio compete únicamente a quien tiene la calidad de ciudadano, según la definición que de este término trae la Constitución Nacional: el colombiano mayor de veintiún años, con lo cual quedan excluidas las personas jurídicas, los extranjeros, etc. Y en otras, esta interpretación restringida se ha ampliado concediendo la acción para ocurrir en demanda a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, conforme ocurre con el recurso de inexecutable de las leyes ante la Corte. El proyecto confiere expresamente este derecho "a toda persona", eliminando así las dificultades presentes. Por este aspecto, la acción de nulidad, cuyos rasgos generales quedan expuestos, se diferencia de su similar del derecho francés, en que la de éste requiere un interés en quien la instaure, que debe demostrarse, aunque desde hace algún tiempo este requisito esencial tiende a desaparecer por la elaboración de una jurisprudencia constante, que lentamente ha ido reduciendo ese interés, al extremo de considerar que basta el simplemente jurídico. La institución colombiana al otorgar el derecho a la acción a toda persona, sin exigir que se tenga ni se demuestre interés en la anulación que se solicita, persigue una mejor preservación del orden jurídico, constituyendo al ciudadano en guardián de la ley y en vigilante de los actos de la Administración.

Si el contencioso de anulación es un eficaz instrumento jurídico, que responde a la necesidad de mantener incólume el dominio de la ley, impidiendo el ejercicio desorbitado de los poderes que ella ha conferido a los administradores de los servicios públicos, en el desenvolvimiento de la actividad funcional del Estado, no basta a veces que el control de la legalidad restablezca objetivamente, por medio de la anulación del acto perturbador, el orden jurídico, sino que es necesario además que el administrado, a quien esas actuaciones puedan lastimar, encuentre en los organismos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo la manera de ser protegido o restablecido en sus situaciones subjetivas de derecho.

Aparece así el contencioso de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, que el proyecto tiende a estructurar, separándose de los rasgos generales de la llamada acción privada por la ley y la doctrina colombiana. La ley 130 de 1913 modeló esta acción haciéndola apta para invocar y obtener la invalidación de un acto por lesión de un derecho civil; pero, como es obvio, tal acción, así limitada en su alcance y sus efectos, estaba aún lejos del contencioso de plena jurisdicción, porque en éste sobre todo, más que la finalidad de hacer desaparecer de la escena jurídica el acto irregular, se busca el efecto de tutelar subjetivamente un derecho desconocido o vulnerado por un acto jurídico de la administración o por la ejecución de un hecho material, y declarar el que exista en favor del agraviado".

Se deja, pues, a un lado la división de las acciones que hasta ahora existe y que, como lo mostramos, es errónea y a nada eficiente conduce por los vicios que encierra, y adelantando en el progreso de nuestras instituciones jurídicas, siempre inspiradas en las construcciones de los juristas franceses, se entra por la distinción de dos especies de contencioso, que reponen a los nombres de contencioso de anulación y contencioso de plena jurisdicción. ...

Las siguientes disposiciones consagran en el proyecto el contencioso de anulación:

"Artículo 64.—Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Artículo 65.—Las ordenanzas y demás actos de las Asambleas Departamentales serán acusables por violación de la Constitución, la ley o el reglamento ejecutivo.

Los decretos, resoluciones y otros actos de los Gobernadores son acusables por los mismos motivos y, además, por violación de las ordenanzas.

Por las mismas causas y también por violación de los decretos y reglamentos de los Gobernadores serán acusables los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental.

Artículo 66.—Los decretos, resoluciones y otros actos de los Intendentes y Comisarios son anulables en los mismos casos y por los mismos motivos que las ordenanzas departamentales.

Artículo 67.—Son acusables igualmente los Acuerdos y otros actos de los Concejos Municipales en el concepto de ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales o los reglamentos del Gobernador.

Los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal serán anulables por los mismos motivos y, además, por la violación de los acuerdos de los Concejos.

Artículo 68.—Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados.

Esta acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere”.

Se principia por determinar cuales actos y por qué motivos son susceptibles de ser acusados, haciendo referencia a ellos de acuerdo con la escala que a cada uno le corresponde en la prelación establecida para la aplicación de los actos de los organismos públicos, y luego se concede facultad para la acusación a toda persona determinando que la acción se llama de nulidad y tiene cabida no sólo en los casos de ilegalidad visible en la substancia del acto, sino también cuando al ejecutarlo se ha faltado a las reglas de la norma, o el funcionario se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones, o se ha desviado del fin que limita su propia competencia para obrar o la general del Estado.

Viene la acción de nulidad a ocupar el puesto que antes correspondía a la llamada popular, pública o ciudadana, pero se amplía su cabida, pues se hace admisible para atacar todo acto contra el cual no exista ya recurso administrativo, sea quien fuere el funcionario o corporación actuante; de ahí que de la nueva reglamentación vaya a resultar un gran progreso con el control de la legalidad administrativa.

pues no se dará ningún caso en el que haya violación de la ley, sin que los ciudadanos puedan impedirlo.

Lo que caracteriza al contencioso de anulación es que con la acción no se persigue obtener una satisfacción personal, ni una sustitución de un acto anterior por la decisión diferente que el Tribunal correspondiente dicte, sino que únicamente tiene por fin obtener que se declare que el acto acusado carece de validez jurídica porque el funcionario o corporación que actuó no se ciñó al hacerlo a las normas que le obligaban. Por razón de esta naturaleza el fallo respectivo únicamente puede contener la declaratoria de nulidad. Acerca de él dice Jean Appleton en su *Traité du Contentieux Administratif*:

“El contencioso de anulación está dirigido contra un *acto*, una decisión, lo que sucede aun en el caso que se provea contra el silencio guardado por la Administración con respecto a una reclamación: en este caso el silencio se asimila a una decisión implícita de rechazo.

Esta rama del contencioso puede reducirse a la teoría general de las nulidades; un acto administrativo no puede producir efectos jurídicos sino cuando es legalmente hecho por una autoridad pública, en el límite de sus poderes, con las formas requeridas por la ley, y (particularidad importante) *en el espíritu de su función*. La invalidez del acto, debidamente reconocida, hace caer sus efectos jurídicos”.

La disposición proyectada no se limita a determinar que la acción está abierta en determinados casos de violación de una norma, sino que, saliéndose de la pura determinación formal, establece que habrá lugar a ella siempre que se incurra por alguien que obre en nombre de la administración, en un exceso de poder, y aun más, siempre que obrando aparentemente dentro de derecho, haya incurrido en una **desviación en el ejercicio de sus funciones**.

Aunque no vemos desde un punto de vista teórico la necesidad de las precisiones que se hacen en el artículo 68 del proyecto, porque nos parece que sin tener disposición semejante en la reglamentación existente la jurisdicción contencioso administrativo puede obrar de la manera allí prevista, sí nos parece que fijando en la ley doctrinas definitivamente adquiridas por la ciencia, se logra evitar discusiones inútiles en las que no pocas veces queda enredada la justicia. Además, el hacerlo tiene la ventaja de que se les sueltan las amarras de la timidez a quienes van a ser órganos del contencioso administrativo, permitiendo así la creación de una jurisprudencia de altos alcances.

Hay en el proyecto una disposición que en este punto, por su trascendencia y urgencia, no podemos dejar a un lado. Nos referimos al artículo 82, que dice:

"Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando, interpuestos algunos de los recursos negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos".

Salva este artículo una dificultad que cada día estorba más a los administrados en su actividad social y que consiste en la situación de impotencia en que se ven colocados cuando habiendo recurrido a un funcionario administrativo, éste opta por el llamado procedimiento del cajón de escritorio: guardar la actuación y abstenerse de resolver lo solicitado, con lo cual el interesado se ve sin medio para defenderse, pues no puede recurrir al contencioso por faltar acto que sirva de base a la acción. Con la regla sentada en el artículo 82 transcrito se evita este inconveniente, pues la abstención para decidir se mira como un acto de negativa y contra éste podrá el interesado instaurar la acción del caso. En relación con el contencioso de plena jurisdicción da el proyecto la siguiente reglamentación:

"Artículo 69. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho.

Artículo 70.—También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes".

El contencioso de plena jurisdicción ha sido también llamado contencioso subjetivo, aunque en nuestro concepto esto no es exacto, ya que consideramos que cuando se busca únicamente la anulación de un acto, quien lo hace es un administrado que como tal tiene derecho subjetivo a la legalidad administrativa. Es claro que no se trata entonces de algo individualizado, pero consideramos que en todas las situaciones de derecho administrativo en que no se encuentran en presencia únicamente personas de carácter administrativo, existe para todos los que se encuentran dentro de un Estado un interés jurídicamente protegido a que el funcionamiento de él se sujeta al derecho. Este concepto

nuestro se encuentra acorde con el de Roger Bonnard, quien en sus "Precis de Droit Administratif" dice:

"Hay en eso puntos de vista que no pueden ser retenidos. Como se ha visto a propósito de los derechos subjetivos de los administrados, puede haber para los interesados derecho subjetivo a la legalidad de los actos jurídicos y por consiguiente este contencioso de la regularidad de los actos jurídicos es un contencioso subjetivo como el contencioso de la ejecución de las reglas de derecho. En realidad el único contencioso objetivo es el penal".

El contencioso de plena jurisdicción se diferencia del de anulación en que mientras éste termina por una solución en la que se declara la invalidez o nó del acto a él sujeto, aquél tiene por resultado un fallo en que no sólo se limita el órgano que lo da, a decir que el acto es nulo o que la administración obró mal, o hacer la negación correspondiente, sino que también se determina en él, en el caso de que sea conforme en todo o en parte con las pretensiones del actor, la manera como se hará la reparación de los daños que a éste se le hayan producido a causa del acto o hecho sujeto a la censura jurisdiccional.

De acuerdo con lo anterior aparece bien claro que este contencioso lo es principalmente de la materialidad administrativa; en él no tiene tanta importancia la declaración de voluntad sino el hecho, del cual se desprende la afectación de un interés individual. Se acerca bajo este aspecto la jurisdicción administrativa a lo que generalmente se presenta en las acciones civiles en las que la potestad jurisdiccional se basa principalmente en los hechos, como consecuencia de los cuales el juzgador fija la norma de derecho aplicable.

Conocido el carácter de ambos contenciosos se ve la razón que existe para propugnar porque la nueva reglamentación que se ha propuesto sea aceptada por el legislativo nacional, ya que los inconvenientes anotados al sistema vigente son demasiado graves y perjudiciales para la buena marcha del Estado. Es preciso notar sobre todo la necesidad imperiosa de proceder a adoptar la norma que prevé el artículo 70 del proyecto, porque en realidad no existe en la actualidad un control efectivo de la legalidad de los hechos y operaciones administrativas, pues si en verdad el procedimiento judicial ordinario se ha utilizado hasta ahora buscando ese efecto, su carácter propio, la mentalidad de los encargados de la justicia ordinaria y lo dispendioso de sus acciones, no dan adecuada satisfacción a los principios jurídicos esenciales a la administración pública.

Si la ley 130 de 1913 fue un buen principio, el choque con la realidad social ha mostrado sus efectos y se impone su sustitución, para que así tenga cumplida efectividad. La reforma anhelada y propuesta puede ser recomendada con las mismas palabras con que los ilustres comisionados del Senado de la República, doctor Antonio José Cadavid y Rafael Uribe Uribe, apoyaron la expedición de la citada ley. Ellos dijeron:

"Todo esto que es malo y muy malo, encontrará un correctivo eficaz con el establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es necesario que tengamos jueces a quienes podamos quejarnos con confianza en nombre de la ley. Que no sea un apellido ilustre, muchas veces malamente llevado, lo que valga como argumento supremo en una causa en que se disputa sobre el derecho, igual para todos los colombianos. Que no sea nuestra posición social o política la que refuerce nuestras querellas con la Administración pública. Que no sea el temor el que vaya a inspirar una decisión que sólo debe inspirarse en el respeto de la justicia. Que la ley tenga la plenitud de su imperio".

## EL HOMICIDIO

Del libro "Misceláneas Penales"

El código de 1890, que algunos reputan perfecto porque con su casuismo en ésta materia ha facilitado la labor poco técnica de jurados y jueces y los triunfos sucesivos de abogados poco doctos en la ciencia penal, ha sido fundamentalmente cambiado por el código nuevo.

Haremos un esfuerzo para demostrar las principales diferencias.

Existen en el viejo código las siguientes clases de homicidio: asesinato, homicidio premeditado, homicidio simplemente voluntario, casos especiales de homicidio, homicidio llamado involuntario, homicidio culposo y parricidio.

En el asesinato, que es el homicidio premeditado, cuando concurren las circunstancias definidas en el código, hay dos clases: en los casos de las circunstancias definidas por el Art. 586, en sus ocho primeros numerales, es más grave y menos en el de concurrir las circunstancias del numeral 9o., caso que en la realidad no se ha dado en nuestros tribunales.

Los homicidios simplemente voluntarios son más o menos graves. Los menos graves, los define el Art. 602 del mismo código.

Casos especiales de homicidios voluntarios, pero que no son de los llamados más o menos graves, trae muchísimos bien determinados en los Arts. 604 a 608.

El homicidio involuntario está mal denominado entre otras cosas, porque el efecto no es querido, pero la causa sí. Los autores lo llaman preterintencional. Tiene sus diversos casos según que haya o no circunstancias de asesinato, y se haya querido hacer un mal diverso (Art. 590), y según se desee causar un mal grave, mediano o pequeño. (Arts. 610, 611, y 612).

Entre nosotros no que hay sino acudir a Don Perogrullo para comprender que a veces estos casos tienen mayor pena que el homicidio voluntario.

El homicidio por culpa está expresamente definido en el Art. 613, y los Arts. 615, 616, 617, 618 y 619, plantean infinidad de casos de parricidio, que es el homicidio, cuando el sujeto activo y pasivo del delito están unidos por vínculos consanguíneos de ascendencia o descendencia sin medición de grados, o por matrimonio.

Ahora bien, el Estatuto penal moderno, tiene lo siguiente:

a) Una definición de homicidio que comprende, en nuestro sentir, todos los homicidios llamados hoy voluntarios más o menos graves que no tengan ciertas circunstancias; los premeditados sin circunstancias de asesinato, cuando la premeditación tenga un motivo noble o alto, y los casos especiales del Art. 604 a 608. Porque éstos últimos están allí definidos, aunque para penarlos como en otros casos voluntarios, no deba olvidarse el Art. 28 que habla de rebajas de pena cuando el hecho se cometa en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

b- El asesinato, definido claramente por el Art. 363 del nuevo código. Este artículo comprende el viejo parricidio, menos un caso; el homicidio simplemente premeditado si la premeditación tiene un motivo innoble o bajo; el asesinato del viejo código y hasta los voluntarios, en ciertos casos, que veremos ahora al estudiar las diferencias que ya se van esbozando.

d) El Art. 365 reemplaza todo lo de los homicidios involuntarios, con una sencilla disposición que rebaja la pena establecida en el Art. 362 de una tercera a la mitad para quien ocasione la muerte con el propósito de causar sólo una lesión personal.

f) El nuevo código —que trae definición de culpa en el Art. 12— también castiga en su disposición especial del Art. 370, el homicidio culposo.

g) El caso de parricidio en que la madre mata por ocultar su deshonor, es el que no está incluido en la definición de asesinato, y merece pena especial (Art. 369).

Lo anterior que es sólo una guía, nos va a servir para establecer y estudiar algunas diferencias entre el viejo y el nuevo sistema.

PRIMERA: Al tenor del Art. 600 del código penal, un homicidio sin premeditación pero cometidos con sevicia, por ejemplo, merecía de seis a doce años de presidio, sin que por eso dejara de ser

simplemente voluntario. Con frecuencia ocurre un caso de éstos en que, por ejemplo, el victimario despedaza y hasta entierra la víctima. La gente habla de "horroroso asesinato", porque ignora que el casuista código no lo llama así.

Pero la denominación de asesinato, que tiene una gran fuerza intimidativa, la toma para ese caso el nuevo, aumentando las penas. Porque el Art. 363 dice que el homicidio toma la denominación de asesinato cuando se reúnen ciertas circunstancias, es por lo que atrás dijimos que la definición de homicidio común dada por el Art. 362 comprende los voluntarios cuando no tengan ciertas circunstancias; las enumeradas en el 363, diversas de las que hacen el asesinato por premeditación de bajos motivos.

SEGUNDA: Para que haya asesinato, en el código de Don Juan Pablo Restrepo, es preciso que haya premeditación y se agreguen otras condiciones. De suerte que no hay asesinato en un homicidio voluntario y en uno simplemente premeditado. En el nuevo, tanto es asesinato uno voluntario con ciertas circunstancias, como uno premeditado con premeditación de bajos o innobles motivos, como un asesinato de los antiguos, o un antiguo parricidio premeditado o no.

TERCERA: El parricidio era especialmente definido por el código de 1890, distinto del asesinato, aunque en los casos más graves equiparaba la pena. Pues bien: hoy lo que pudiéramos llamar parricidio, es un simple asesinato, al tenor del Art. 363 en su numeral primero.

CUARTA: A ésta diferencia en materia de parricidio, debemos agregar que ésa denominación específica ya no existe. La usamos en el sentido gramatical, pero no es lícito hablar de tal delito ante el nuevo código, que no usa esa expresión en parte alguna.

QUINTA. Otra diferencia en materia de parricidio es ésta. si hoy se pudiera llamar parricidio a los delitos que define el numeral 1o. del citado Art., veríamos, comparándolo con el 593 del código de 1890, que ya no sólo es el cometido en el ascendiente o descendiente o cónyuge, sino también en el hermano o hermana, en el padre madre o hijo adoptivo y en el afín en línea recta del primer grado. (yerno o nuera, suegro o suegra).

SEXTA: El viejo código contiene varios casos de parricidio de-

finidos como especiales. El nuevo no define sino uno, que estudiamos en seguida.

Casos similares a los definidos por los artículos 617 y 618, no encontramos. Pero creemos que si un asesinato de éstos, —antes parricidio— se comete en esas circunstancias, no existe especial atenuación, salvo dos hipótesis: 1a, que haya estado de ira o intenso dolor causado por grave injusticia (Art. 28), y 2a, que las circunstancias sean tales que, combinadas con otros factores al tenor del Art. 36, impliquen una disminución de la pena.

SEPTIMA: “La madre que, por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de uno a tres años de presidio”.

“Los abuelos maternos que por ocultar la deshonra de la madre cometan éste delito, con la de tres a seis años”.

Esta disposición ha sido reemplazada por el Art. 369, así: “La madre que para ocultar su deshonra en el momento del parto o dentro de los ocho días subsiguientes, causare la muerte de su hijo, no inscrito todavía en los registros del estado civil, incurrirá en prisión de dos a seis años”.

“En igual sanción incurrirá el que cometa el hecho previsto en el caso anterior, para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana”.

La primera diferencia sería la de la pena, que no hace a nuestro objeto considerar al comparar éstas dos disposiciones, inspiradas en la misma doctrina del móvil del delito, tan fuerte que llega a la vieja violencia moral irresistible, en veces.

La segunda es que antes, si el niño era muerto después de tres días para salvar la honra de su madre, ya se trataba de un caso común. Ahora se habla del momento del parto hasta ocho días después, es decir se amplía el término. Pero se exige que dentro de esos días no haya sido inscrito en los registros (Civil y Eclesiástico o en uno de los dos), porque es lógico que publicado el hecho por una cualquiera de las inscripciones, no hay razón para tener en cuenta el móvil de la ocultación de una deshonra, que ya se ha hecho jurídica y materialmente pública.

La vieja disposición no hablaba del caso de que este hecho lo realizara el padre del niño. Tampoco la nueva, pues no da derecho al seductor para tratar de salvar la honra de la seducida que él pudo salvar de otro modo. Pero dice que quien cometa el llamado in-

fantocidio para salvar la honra de su madre, descendiente en general (no sólo la nieta) hija adoptiva o hermana, también queda amparado con menor penalidad.

Finalmente, si al abuelo le recargaba la pena el citado Art. 616, en relación con la madre infanticida, a éstas personas les aplica el Art. 369, de la Ley 95 de 1936, una sanción igual a la de la madre.

OCTAVA. La definición de culpa dada por el Art. 12 del Código, y la penalidad señalada en el Art. 370, implican una seria diferencia con el caso de culpa sin definición genérica contemplado por el Art. 613 del antiguo estatuto primitivo.

NOVENO: Ya no se habla en el Código de envenenamiento ni de incendio para matar. Estos son, en el nuevo, casos de asesinato, si hay muerte; no habiéndola, otros capítulos en diversa forma definen la cuestión como daño en la salud (Art. 371) o los delitos previstos en el Título VIII de "Delitos contra la salud y la integridad colectivas", etc. etc.

DECIMA: Propiamente del capítulo de homicidio no nos falta por hacer notar sino tres disposiciones no existentes en nuestros estatutos penales: los Arts. 364, 367 y 368, o sea el homicidio por piedad, la inducción de otro al suicidio y la muerte con consentimiento de la víctima.

Esas tres modalidades, corresponden a tres conquistas del derecho moderno. La vida no pertenece al individuo como un derecho, sino que el individuo se pertenece a la comunidad dentro de la cual, viviendo, debe cumplir una función social. Por esta razón debería sancionarse el suicidio frustrado y la tentativa; pero ya que no llegamos a eso, que podría parecerse al viejo derecho francés, que castigó los cadáveres de los suicidas, al menos se castiga a quien induce a otro a quitarse la vida porque, además, es peligroso por el poco valor que atribuye a ese derecho y deber; y por éso mismo cuando se acelera una muerte inminente o se pone fin a padecimientos incurables graves, se puede disminuir excepcionalmente la pena, cambiarse por prisión o arresto y aún aplicarse el perdón judicial.

Más discutible es el consentimiento de la víctima como causa de disminución de la pena. Para quienes funden la pena al homicidio por razón de la supresión de un bien o de un derecho personal,

ello es evidente; para quienes entiendan que vivir es, por sobre todo, un deber social, la cosa no anda tan clara.

No es éste el punto para discutir el fundamento técnico de éste artículo. Nosotros lo admitimos como una conquista, sólo en cuanto revela menos peligrosidad quien mata con el consentimiento de la víctima, que sin él, o en cuanto pensamos que a veces en los dobles suicidios frustrados, un choque inhibitorio o factores extraños impiden el suicidio de quien ya mató a su amante, con consentimiento de éste, y sería inequitativo castigar ese homicidio como otro no consentido por la víctima.

ONCE: No propiamente del capítulo de homicidio del nuevo código, sino del común a homicidio y lesiones, debemos deducir una diferencia interesante.

"El homicidio es inculpable absolutamente, cuando se comete en los casos siguientes: 9o. En el de cometer el homicidio en la persona de su mujer legítima, de una descendiente del homicida que viva a su lado honradamente, a quien sorprenda en acto carnal con un hombre que no sea su marido; o el que cometa en la persona del hombre que encuentre yaciendo con una de las referidas; y lo mismo se hará en el caso de que los sorprenda, no en acto carnal, pero sí en otro deshonesto, aproximado o preparatorio de aquel, de modo que no pueda dudar del trato ilícito que entre ellos existe"; dice el Art. 591 del C. Penal viejo. Este artículo, existente en raras legislaciones y llamado en España el artículo rojo, porque costaba cantidades de sangre innombrables, ha sido criticado entre varios motivos porque no concedía ese derecho a la mujer que encontrara en tales condiciones a su marido.

En segundo lugar, porque se refería a la comisión del homicidio en el acto mismo, no a cuando el homicidio sea posterior aunque perdure un estado anímico descontrolado por la ofensa.

Pues bien: la primera crítica ha sido salvada por el Art. 382 del nuevo código punitivo, pues habla de "Conyuge". La segunda también queda salvada en su inciso segundo.

Pero, todo a su modo. Es decir, antes se trataba de la impunidad absoluta y hoy no, porque simplemente se trata de una rebaja de pena que puede llegar al perdón judicial cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una mínima peligrosidad en el responsable. Rebaja que no se aplica cuando se trata de conyuges separados o divorciados, o cuando el padre, el marido o el hermano hubiera abandonado el hogar. (Art. 383).

Y éso está bien, porque hay multitud de casos en que tolerancias anteriores, hechos emanados del mismo homicida, como impotencia, abandono, mancebía suya, malos tratos, son, al menos, determinantes del acto ilícito.

Pero debemos hacer notar que cuando ese artículo se puso en el código, existía el capítulo sobre el adulterio. Cuando la Cámara de Representantes lo borró del Estatuto, y luego esa voluntad fue confirmada por el Senado, tentados estuvimos de proponer la reforma de esos artículos, toda vez que, desapareciendo para el cónyuge —por ejemplo— la facultad de acusar por adulterio, queda con el derecho de hacerse justicia por su mano; pero al considerar que en ese caso puede llegarse al perdón judicial, y por no dar pávulo a maridos desleales y canallas, para seguir asesinando aún después de haber causado o tolerado ciertos hechos, nos abstuvi- mos de complicar el problema.

DOCE: Cómo se castigaban el homicidio y las heridas que eran resultado de un duelo? — Nosotros entendemos que según las disposiciones comunes, estudiado cada caso. Hoy, el Código castiga especialmente el duelo, sus consecuencias no graves y la muerte ocurrida en él, aumentando las sanciones si no concurren padrinos y castigando como delincuentes comunes a quienes faltaren a las condiciones ajustadas por los padrinos, y a éstos si son desleales o pactaron duelo a muerte. (Arts. 390, 391, 392, 393 y 394).

No quiero decir que se permita el duelo. Se rebaja la pena porque interviene un tácito consentimiento, porque se trata de condiciones de igualdad para los contendores, etc., etc. No hay que creer que se justifica o aminora el hecho por considerar buena o indiferente esa aberración, pues ésto no sería criterio moderno, sino porque en el fondo se trata de condiciones especiales y de una menor peligrosidad en los duelistas. Si se hubieran batido en simple riña, indicarían sus actos, un mayor grado de peligro social.

TRECE: En el Art. 363, la comisión que preparó el Código no hacía la calificación de asesinato. Se limitaba a señalar penas. El Senado consideró como lo dijo su comisión "que la denominación de asesinato está muy arraigada en la tradición jurídica colombiana y que por el gran poder intimidativo que tiene, no debe prescindirse de ella".

De los hechos que constituían el asesinato, suprimió el Senado el hecho segundo: "Sin motivo alguno o por motivos fútiles",

puesto que no habrá acción sin motivos, verdaderos o falsos, reales o aparentes, y puesto que no es cosa de apreciar aisladamente éso tan metafísico de la "Futilidad". Además, para penar de acuerdo con el Art. 36, los motivos se tendrán en cuenta.

En lugar de esta frase, puso esta otra: "Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos".

Vamos a copiar lo que dijo el Senado para sustentar su tesis recordando lo que dijimos atrás y llamando a nuestros lectores al estudio a fondo que dedicamos a la premeditación.

Dijo así el Senado: "Hemos considerado que si bien la premeditación no constituye en todos los casos una causal de agravación, como sucede en algunos de los homicidios pasionales en que muchas veces tal elemento puede ser hasta una circunstancia atenuante, sin embargo hay otros casos en que es imposible prescindir de la premeditación como índice de mayor peligrosidad; tal sucede cuando ella va acompañada de motivos innobles, bajos o antisociales".

(Continuará)

## APUNTES SOBRE CREDITO

*Las observaciones siguientes no tienen la mira de ser un estudio continuo y ordenado. Son ellas consideraciones aisladas de un tema que puede prestarse a dilatadas meditaciones. Y a la hora de extractar estos apartes, el mundo se estremece ante un derrumbamiento del orden material de las cosas, pero aun más angustioso que esto, ante el cataclismo sin par de principios y sistemas.*

*Muchas de las normas de hoy y mucho del orden actual tal vez pertenezcan ya a un tiempo pasado. Quizás demasiado pronto empezaremos a comprender que mucho del actual régimen jurídico y no poco de los principios económicos vigentes, son parte solo de "los viejos sistemas".*

---

### EL CREDITO

#### Apartes de una Tesis

Ensayar un estudio completo sobre el Crédito, sería poco menos que presentar un tratado sobre Economía Política.

El Crédito en la Economía se encuentra incrustado a lo largo de todos los problemas que contempla esta ciencia. El comercio, la industria, la agricultura, la banca viven del Crédito que proporciona los capitales para sus respectivos desarrollos; pero esta prestación origina una relación jurídica que es justamente la obligación a plazo, por lo cual este fenómeno entra también en el Derecho. Y por sus relaciones con la propiedad se encuentra igualmente en el terreno social. Son estas las tres grandes funciones por donde puede estudiarse el Crédito: a través de una función económica, de una función jurídica y de una función social.

La vida económica moderna ha permitido que el Crédito domine la casi totalidad de sus actividades. Masas incalculables de riqueza en

sus más variadas formas, encuentran una fácil movilización para llenar los campos de la producción y del consumo. Sumas pequeñas incapaces o inútiles al querer obrar aisladamente, bienes de personas no capacitadas jurídica o económicamente para la disposición, han encontrado—gracias al Crédito—el medio de incorporarse a poderosas empresas. Productores en pequeño, campesinos dueños sólo de su capacidad de producción, empresarios o industriales y comerciantes sin capital; han podido llegar a ser valiosos elementos de la producción merced a la facultad que da el Crédito.

Bien pudiera sintetizarse el concepto económico de la vida moderna como el uso y el abuso del Crédito.

Apreciado éste como una modalidad del *cambio en el tiempo* en vez de serlo en el espacio, según la definición de Gide, lógicamente se llega a la necesidad de estudiar las relaciones permanentes que existen entre la propiedad y sus derechos o, más precisamente dicho, sus manifestaciones, aprovechamientos y usos, así como los deberes correlativos que implica. Contrario al concepto de la propiedad como derecho natural absoluto pero condicionado por una función social, está el principio del individualismo puro. A su polo opuesto encuéntrase la tesis socialista de la propiedad; hay por lo tanto una escala intermedia que respeta la propiedad como derecho natural que es, pero establece un deber que grava ese derecho en cuanto al uso que de ella puede hacer su dueño. A la manera absoluta de los tiempos anteriores para mirar el concepto de propiedad, el derecho moderno añadió la idea de *función* que conserva íntegro el derecho, pero lo somete a la limitación de los derechos ajenos, al interés de una mayoría que predomina sobre la conveniencia, la voluntad o el capricho de uno. No se entiende, por lo tanto, la función social de la propiedad como algo superpuesto o artificial; es de su esencia misma, es algo central que le da su razón de ser. Si la propiedad por su naturaleza misma estuviera en contraposición con el bien general debería desaparecer. El problema sería un dilema; o la propiedad es social o antisocial.

En este orden de ideas, el Crédito es una de las formas de aplicación de aquel derecho por el cual el dueño o poseedor puede delegar el uso de su bien, con libertad igual a la que tiene para usar, gozar y disfrutar de él en forma que pudiera llamarse egoísta. No se concedería la concesión de un crédito por quien al menos no tuviera la calidad de poseedor, cuando no la suma completa de los derechos de do-

minio. Si está, por su calidad de propietario o poseedor en la capacidad perfecta de usar, gozar y disfrutar para su personal beneficio y en forma directa, no menos puede estarlo para delegar en otros esas facultades cuando él no las ejerza o no quiera ejercerlas. Pero esto que presentado en la forma indicada es sólo una facultad, en todo caso de ejercicio opcional, ha pasado al plano de deber en determinados casos.

Ese distintivo de *función* es justamente la limitación que la ley y el derecho ajeno han introducido al ejercicio sin medida de la fórmula romana del *jus utendi, fruendi et abutendi*. Pero, cómo cumplir a cabalidad esta nueva misión encomendada a la propiedad?

En un orden económico-social fundado en estos principios, alcánzase a destacar una acción del Crédito de dilatadas proporciones: sobre bases de un derecho natural de propiedad, lleva el Crédito la misión de conceder a otros el uso y aprovechamiento de aquella. Esa duplicación de la riqueza que se crea mediante el Crédito, pudiera decirse que bajo ciertos respectos, es el ejercicio más amplio de la función social de la propiedad. Confluyendo a su pleno desarrollo y ejercicio reglamentaciones legales e instituciones que sobre este mismo fenómeno funcionan, puede tenerse un esquema que a grandes rasgos, muestra toda la acción del Crédito en este terreno social.

Y lo hasta aquí expresado da base para observar la intervención de este fenómeno en los actos jurídicos: dominada su acción por la forma de la obligación a plazo, el Crédito entonces interviene en todos los contratos de tal tipo, en el arrendamiento, en el comodato, el mutuo, el contrato de trabajo y en los diversos tipos de caución; prenda, fianza, hipoteca por cuanto se atiende en éstas a la forma o calidad de la garantía.

Bajo este mismo aspecto jurídico, el Crédito por cuanto es una manifestación del derecho de propiedad, por cuanto su causa jurídica es el derecho mismo de propiedad, toca con el estudio de todo lo relacionado con la propiedad como derecho y la posesión como hecho.

Una vista completa al panorama de estudio de este interesante fenómeno tocaría también con una análisis, bajo el punto de su funcionamiento y reglamentación en derecho positivo, de las organizaciones de los institutos que a él se dedican bien sea para presentarlo en la forma de crédito territorial con garantías hipotecarias, crédito agrícola, ma de garantías prendarias, crédito popular y sus sistemas de movilización de la propiedad, ahorro y organizaciones cooperativas, como puntos salientes de distintas formas de aplicación crediticia.

## DESARROLLO HISTORICO DEL CREDITO

La fácil movilización del capital, merced a las variadas formas que ha adquirido en la actual época, no ha sido la conclusión de un proceso evolutivo corto y sin obstáculos. Prejuicios arraigados en las Edades Antigua y Media y, aun en principios de la Moderna, dificultaron, cuando no retardaron por años y siglos, el desenvolvimiento normal del Crédito.

Su marcha, estrechamente vinculada al desarrollo del comercio y del transporte, al intercambio nacional e internacional, encontró en su principio obstáculos económicos y aun políticos y religiosos de fuerte peso. Baste recordar que una de las discusiones más encarnizadamente sostenida en los tiempos antiguos, especialmente en la Edad Media, fue justamente la relativa a la licitud e ilicitud del interés. De paso será interesante anotar que aun en los tiempos modernos, ruedan sobre el tapete a este propósito las más variadas teorías sobre la legitimidad del préstamo a interés. La teoría del uso, la de la productividad del dinero, la del *lucrum cessans*, la de la abstinencia, la teoría del préstamo a la producción y del valor del tiempo o del *mutuum oneroso* y la de la utilidad social, entre otras, muestran con claridad el afán de todos los tiempos por este problema moral, económico y social (1).

"No prestarás a usura a tu hermano, ni dinero, ni granos, ni otra cualquiera cosa; sino solamente a los extranjeros. Más a tu hermano le has de prestar sin usura lo que necesita; para que te bendiga el Señor Dios tuyo en todo cuanto pusieres mano en la tierra que vas a poseer". Esto ordenado por el Deuteronomio Cap. XXIII—19-20 sólo queda ha atenuado por el perdón de las deudas cada siete años, según mandato del mismo libro sagrado.

"Aquellos que ejerzan la usura no saldrán de sus tumbas sino convulsionados por el demonio, porque han asegurado que no hay diferencia entre la venta y la usura, siendo así que Dios ha consentido la una y prohibido la otra". Dios aparta sus beneficios de la usura y los vierte sobre la limosna".—"Oh creyentes! temed al Señor, y si sois fieles reparad la usura que hayáis ejercido".—"Si vuestro deudor se halla en situación difícil para pagaros, no lo asedieis; y si queréis hacer

(1) Es de interés sobre este punto la consulta de la obra del ilustrado abogado y jesuita Julián Cock E. "Préstamos de dinero, intereses y usura". tesis de grado.

aun más que darle tiempo, perdonarle la deuda". Son estos principios de El Korán en su Cap. II "La Vaca", vs. 276, 277, 278 y 280. Sea esto una muestra de la importancia religiosa del punto tratado.

Pero si el crédito desde las más remotas edades ha estado vinculado a toda manifestación de actividad económica y encaja su labor en el aprovechamiento de todas las cosas fungibles, cuando el hombre logró simplificar el trueque y apareció la moneda como mercancía intermedia, casi imprescindible en toda operación de compraventa, ésta tomó el lugar irremplazable de medio para iniciar y liquidar toda operación de crédito toda obligación a plazo; de ahí justamente que desde este punto de vista sólo presente real importancia hablar del Crédito bajo su aspecto de CREDITO MONETARIO.

En la vida económica la escena se inicia el día en que las riquezas, materia de él, aun cuando de realización futura, merced a un más amplio intercambio por las necesidades de los pueblos, fueron puestas en el comercio en forma de títulos negociables. Inicialmente en casi todos los pueblos la deuda (crédito) sólo era un lazo personal que unía al acreedor con su deudor; en otras palabras, estaba estrechamente vinculada al cuerpo mismo del deudor que por el incumplimiento de su obligación pasaba a ser una propiedad indiscutible de su acreedor. Pudiera decirse que para el deudor su persona física misma era el fiador de su obligación y de aquí los absolutos poderes dados por avanzadas legislaciones de aquellas épocas al acreedor.

Pasar de la concepción del crédito como vínculo personal, a la representación de esta obligación en un objeto material independiente de la persona del deudor, constituye una de las grandes revoluciones jurídicas de la jurisprudencia romana, el día que por sutiles procedimientos y rodeos, los juristas de aquellos tiempos asimilaron el crédito —lazo personal— a un bien material y finalmente, por inteligentes raciocinios desplazan la primitiva concepción de un vínculo estrechamente personal a una consideración del crédito como objeto material y por ello transmisible por los medios de la novatio y la litis contestatio.

Estaba dado el primer paso. Situada ya la obligación bajo forma de objeto material conforme al derecho romano, el siglo XIII llega a presentarla en títulos escritos negociables. Es este avance el que ha dado una verdadera fisonomía propia al Crédito.

Sin necesidad de citas extrañas, la legislación colombiana a este propósito permite recorrer aún este proceso de evolución, notándose aun el formulismo romano en relación con el movimiento de los títulos

de Crédito.

La ley civil colombiana exige un título. Dice el artículo 33 de la Ley 57 de 1887 que subrogó el 1959 del C. C.: "La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento".

Justamente, el principio transcrito es la consagración y persistencia en la ley colombiana de la evolución cumplida en esta materia en el siglo XIII. Tácitamente los principios romanos subsisten, pues la cesión en derecho colombiano es el derecho correlativo de la obligación existente entre el primitivo acreedor y su deudor. Tal importancia se reconoce a la cesión del título material, que en caso de no entregarse el título mismo, si se han creado efectivamente obligaciones, no ha sido por razón de la cesión, sino de la compraventa. Las formalidades de la notificación al deudor cesido, deberán hacerse con exhibición del título mismo que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente (art. 1961 C. C. col.). De igual manera, el conjunto de disposiciones reglamentarias de la cesión en lo referente a la notificación al deudor cesido y sus nuevas obligaciones para con el cesionario, son nada menos que la herencia de formalismos del derecho romano.

Dadas estas innumerables trabas, que han ido naturalmente en proporción decreciente hacia las nuevas legislaciones, la negociabilidad de un título no podía tener la sencilla facilidad que presenta en los tiempos actuales. Fueron estos los pasos dados en el siglo XV. Un nuevo detalle de extraordinaria significación se añadió y fue la orden de pago a un tercero, o sea, lo que hoy se conoce con el nombre de "endoso". Se dio elasticidad al título de origen simplemente nominativo, más aun, personal.

Este sencillo aditamento vino desde otro campo a introducir un nuevo elemento de incalculable importancia por cuanto la responsabilidad de cada uno de los endosantes quedó comprometida al estampar su firma en el título. Solo faltaba un paso para llegar al estado actual de este largo proceso: los títulos "al portador", transmisibles de mano en mano sin los requisitos civiles, ni aun la formalidad del endoso.

Finalmente, es de interés en este punto, hacer notar la importancia de distinguir si el crédito es de naturaleza civil o simplemente co-

mercial. El primero va regido por el derecho civil, escapa el segundo a los inconvenientes de formulismos y es conocido más propiamente bajo la forma de títulos de crédito, que pueden presentarse en variadas formas: se destinan los unos a activar la circulación de capitales y son conocidos con el nombre genérico de "efectos de comercio"; los otros, cuyo papel se relaciona más con la función monetaria, son los cheques, los billetes de banco y bajo cierta forma y en medida relativa, también los valores mobiliarios.

Es esta, a grandes rasgos, la interesante evolución jurídica del Crédito y los títulos de Crédito. Por este sistema ha llegado a ser posible que un capital sirva a la vez a dos personas distintas: a quien lo toma en carácter de propiedad y a quien se ha despojado de él pero que en compensación recibe un título representativo de un valor y como tal, ampliamente negociable, o, lo que vale decir en otras palabras, convertible en dinero.

## CREDITO HIPOTECARIO

En el campo del crédito territorial y atendiendo al riesgo y a la garantía, la forma de obtención de este tipo es casi en forma exclusiva aquella respaldada con hipoteca.

Desde antiguas legislaciones la hipoteca presentó indiscutibles ventajas al acreedor, por ser la más completa seguridad de su crédito. De aquí la preferencia de que siempre ha gozado este fenómeno jurídico sobre el simple acreedor quirografario. Pudiera decirse que la historia de la hipoteca comienza con la muy oscura de la propiedad. La tierra —a todo lo largo de las más variadas legislaciones— siempre ha ocupado un lugar de avanzada en la economía de todos los tiempos.

Etimológicamente hipoteca quiere decir "poner debajo" y al decir de los historiadores, aparece mencionada por primera vez en el *Corpus Juris Civilis*. Uno de los libros sagrados—El Levítico—la menciona pero bajo una forma de temporalidad de no frecuente uso en las leyes actuales, ya que con el establecimiento del año Jubileo, las hipotecas, al igual que las ventas, volvían al hipotecante, al vendedor o a sus herederos.

Dice el Libro Sagrado: "... y santificarás el año quincuagésimo, y anunciarás remisión o rescate general para todos los moradores de tu tierra; pues es el año de Jubileo. Cada uno recobrará su posesión y cada cual se restituirá en su antigua familia". Cap. XXV—10. Y luego

el Vs. 13 del mismo capítulo agrega: "El año de Jubileo todos han de recobrar sus posesiones".

En los pueblos orientales, aseguran los historiadores, que al menos hasta el estado actual de los descubrimientos arqueológicos, no se hallan vestigios de sistemas hipotecarios, como sí los hay de la propiedad y su legislación. Algunos autores afirman ser griego el origen de la hipoteca; otros sitúan en Bizancio el origen de este contrato. Pero hay quienes aun dudan de que en tan lejanas épocas existiere un régimen hipotecario, si se tiene en cuenta que los pocos derechos que el hombre tenía sobre la tierra, escaso campo daban para el establecimiento de gravámenes accesorios como los hipotecarios. Por otra parte, se tienen datos como los de la legislación de Esparta que repartía las tierras conquistadas, pero permaneciendo el suelo con el carácter de inenajenable. En tiempos de Solón se tiene noticia de la obligación en que estaba el vendedor de declarar cuándo su propiedad estaba gravada con hipoteca y a cuánto ascendía el valor de ésta.

Durante el tiempo que en Roma el régimen hipotecario vivió confundido con el sistema prendario, fue de uso especialmente la enajenación fiduciaria. Los abusos originados por estos métodos, motivaron una ramificación dando el nombre de "pignus" propiamente a la prenda o cosa dada en garantía sin transferir el dominio y reservando el nombre de hipoteca para las garantías de inmuebles. A pesar de esta separación—hoy claramente definida en todas las legislaciones modernas—prenda o empeño para seguridades con muebles e hipoteca para las respaldadas con inmueble, en tiempos del pretor Servio la acción recaía indistintamente sobre muebles o inmuebles que gozaban de la acción cuasi-serviana o hipotecaria. Es interesante anotar que esta característica de recaer indistintamente sobre unos y otros bienes se encuentra en la actual legislación del Estado de New York, agregándose el interesante detalle de poder recaer el contrato hipotecario sobre cosas tangibles o intangibles.

De esta manera pudiera decirse que la hipoteca tuvo como origen el contrato de empeño o prenda, siguiendo paralelamente su historia con la de la propiedad.

Al considerar el actual estado del régimen hipotecario, surge en forma natural una primera cuestión: La hipoteca en la forma actual está cumpliendo una función económica adecuada?

A través de todas las épocas se ha caracterizado el régimen de las garantías reales por un marcado sello de egoísmo y un espíritu de pro-

tección en favor del acreedor. Dentro de principios de una libertad teórica de contratación, el legislador de todos los tiempos ha prestado el máximo de garantías a quien permite al prójimo el uso de su riqueza. *Ossibus haeret*, "la obligación adhiere al cuerpo del deudor" fue la fórmula de síntesis presentada por los Glosadores. Si el deudor no paga, su cuerpo mismo pasa a ser propiedad del acreedor quien goza de la facultad de despedazarlo.

Con fundamento en tales razones el punto de vista de los legisladores se redujo a conceder cuantas garantías fueren necesarias en favor del acreedor, para la mejor y mayor efectividad de su crédito. De aquí quizás el que la tierra haya ocupado siempre un puesto de honor y su dominio, independientemente de ser un derecho natural, haya contado con la simpatía en toda hora demostrada de legisladores y acreedores.

Los sistemas de lucha empleados por los hombres y todos los motivos o causas de ellos, han tenido invariable raíz en cuestiones de orden patrimonial; la guerra en las diversas edades ha basado sus puntos de discordia en el dominio de la riqueza; las plataformas políticas, las promesas y halagos ofrecidos por los aspirantes al gobierno, han incluido invariablemente una nominal seguridad de mejor estar a base de un dominio, para cada uno, de mayor cantidad de bienes, no importa que después—no mucho después—pese a programas y promesas, la práctica o los intereses de grupo o momento, marquen orientaciones opuestas. La consecución o conservación del poder en todos los pueblos ha sido una cuestión fuertemente vinculada a la distribución de la riqueza y en forma particular de la propiedad territorial.

Estas breves razones conducen necesariamente a una meditación sobre la evolución que pueda marcarse en estos sistemas de cauciones. Nuestras leyes sobre prenda agraria e industrial y los sistemas de movilización de la propiedad raíz dan base para apreciar un cambio que va verificándose en esta materia. El sistema hipotecario colombiano fundado en el concepto de la propiedad como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno", según definición del art. 669 del C. C. colombiano, tal vez empieza a sentir sustanciales modificaciones al apreciar, entre otros, sistemas como los implantados a este mismo propósito por la Ley 200 de 1936 (Ley de Tierras). La misma constitución y reglamentación de las instituciones de fomento del crédito territorial y en forma más amplia, del crédito agrario, son nue-

vos, motivos que conducen a quitar la inflexibilidad que antes caracterizaba el sistema hipotecario.

La propiedad como *derecho*, va cediendo su anterior importancia a la posesión como *hecho*. De aquí justamente el que la preferencia de que siempre ha gozado la garantía hipotecaria, vaya cediendo en favor de tipos más elásticos como la prenda, que por acomodarse en forma precisa a las nuevas necesidades, cumplan más adecuadamente una función económica.

## FUNCION ECONOMICA Y JURIDICA DE LA HIPOTECA

"La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor" dice el artículo 2432 del Código Civil colombiano. Es un contrato real, sobre inmuebles o naves, accesorio, indivisible por naturaleza, especial y público; además, complementan su especial fisonomía jurídica dos características típicas del régimen hipotecario, son ellas la *especialidad* y la *publicidad* proclamadas en toda la legislación al respecto. No existen por lo tanto en Colombia hipotecas generales sobre todos los bienes de un individuo y por la publicidad que reviste todo contrato de esta naturaleza, cualquiera está en capacidad de saber a ciencia cierta los gravámenes hipotecarios que en un momento dado pesan sobre una determinada propiedad.

Dentro de la anterior estructura, el sistema hipotecario colombiano ha traído para el acreedor estas principales ventajas:

a). Por el hecho de ser este un contrato que versa exclusivamente sobre bienes raíces o naves, el acreedor va ocupando, amparado en la especialidad y publicidad que revisten al contrato, una posición de seguridad ya que el bien no puede ser ocultado o robado al menos en el caso de mayor frecuencia, cuando se trata de inmuebles (arts. 2432 y 2443 del C. C.)

b). Es un contrato solemne sujeto a especiales formalidades de escritura pública (art. 2434) e inscripción en el registro de instrumentos públicos (art. 2435). Así goza de esta publicidad a que hemos hecho referencia al poner al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble (art. 2637).

c). El carácter de indivisibilidad activa y pasiva de este contrato hace que el bien, en forma íntegra, garantice el crédito pudiéndose

extender hasta el duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, el valor de la garantía accesoria (art. 2455).

d). La garantía hipotecaria se extiende no sólo sobre bienes inmuebles, sino sobre todos los que se reputan de esta clase por accesión (art. 658) y a toda clase de aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada (art. 2445).

e). El deterioro o pérdida de la cosa hipotecada da derecho al acreedor para pedir una mejora de la garantía o que se le den seguridades equivalentes y en defecto de ambas cosas, cuando considere insuficiente el respaldo para la seguridad de la deuda, puede demandar el pago inmediato de esta, aun estando pendiente el plazo (art. 2451).

f). El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre bienes que por el deudor no le habían sido hipotecados y aun puede ejercitar ambas acciones conjuntamente también respecto de los herederos del deudor difunto (art. 28 L. 95 de 1890).

g). No hay derecho de excusión por parte de un tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen. Carece asimismo de derecho este poseedor para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados (art. 2453). Se extiende también la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes (art. 2446).

h). El derecho del acreedor está estrechamente vinculado a la cosa misma dada en garantía (art. 2452). El contrato hipotecario confiere el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido, excepto en la forma de adquisición por pública subasta.

Pero estas indiscutibles ventajas que al acreedor confiere el sistema de garantía bajo forma hipotecaria, no carece por cierto de determinados inconvenientes entre los cuales anotamos como principales los siguientes:

1o.). Constituida la hipoteca en forma solemne el ejercicio de las acciones de que goza el acreedor tiene que tramitarse ante el órgano judicial, ya que el deudor insolvente presentará una resistencia sólo vencible cuando una decisión judicial impone el cumplimiento de lo pactado, pero para tal efecto se hace necesaria la larga tramitación señalada por el artículo 1189 y siguientes del Código Judicial.

20.) De un estado de concesión amplia de créditos, general consecuencia de tiempos de holgura, tiende a sucederse un período lógico de depresión en que la tierra en su gran porcentaje, se encuentra comprometida con gravámenes hipotecarios. El consiguiente estado de paralización, ambiente pesado para las transacciones y baja en los precios, pone al acreedor en condiciones de tener que salvar su crédito mediante el sistema de quedarse con el bien recibido en hipoteca, con lo cual puede caerse en los frecuentes y perjudiciales casos de enriquecimiento sin justa causa.

30.) Desde un punto de vista de la riqueza general es necesario apreciar el estado de abandono natural en que se encontrará el bien que el acreedor se ve precisado a recibirle a su deudor en casos de incumplimiento del contrato. Porque es natural que como consecuencia de una mala situación del deudor, éste pierda el aliciente para continuar haciendo inversiones en el sostenimiento del bien; por lo tanto, al acudir el deudor al sistema de pagar con el bien mismo, éste se encontrará demeritado, posiblemente en condiciones de difícil control para el acreedor, falta de vigilancia y atención, máxime cuando tal bien se halle en puntos distantes de la residencia del acreedor.

Hemos traído con lo anterior una especie de balance a grandes rasgos de la situación hipotecaria apreciada dentro del marco de las disposiciones legales que la reglamentan. Pudiera agregarse que inspirada toda ella en un cierto espíritu de inflexibilidad, de rigidez o de un exagerado deseo de continuar con el sistema de estimación de los bienes raíces como máxima riqueza y garantía, las leyes al respecto contrastan hoy sensiblemente con los avanzados sistemas de regímenes hipotecarios de otros países. Por largos años la legislación ha considerado como casi única, eficaz y sólida riqueza la propiedad inmueble; prueba de ello son los indispensables permisos judiciales para venta de bienes raíces pertenecientes a menores, incapaces o mujeres casadas (para estas últimas, antes de la reforma de la Ley 28 de 1932) y, en general, para todos los casos en que la Ley, con ánimo proteccionista, buscaba la defensa de los patrimonios de quienes, dentro de su sistema, no se consideraba que pudieran valerse por sí mismos. Pero el desarrollo industrial de la hora como la urgencia de medios rápidos para el intercambio de la riqueza, han ido lentamente imponiendo modificaciones a este criterio. No ha desaparecido el valor atribuido al inmueble, pero sí, pudiera decirse, ha variado la forma de utilización de esta riqueza. Y estas ideas son las que van primando en la legislación

moderna; en ellas mismas están fundados los Decretos No. 2059 y 2173 de 1937 sobre lo que se ha denominado "Mobilización de la propiedad raíz".

Desde el campo del deudor podemos hacer el siguiente balance de las ventajas y de los inconvenientes que para él ha traído el actual sistema hipotecario particular:

a). Es la hipoteca, por definición misma, un derecho de prenda sobre inmuebles que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor (art. 243). La tenencia de la cosa permanece en manos del deudor y en consecuencia su aprovechamiento, su uso y goce continúan para él;

b). Consecuencia del principio anterior, el deudor o quien presta el bien tendrá la facultad de rehipotecarlo o enajenarlo a pesar de cualquier estipulación en contrario (art. 2440). Existe pues la facultad de obtener nuevos créditos mediante segundas o terceras hipotecas;

c). Para el tercero que hipoteca sus bienes para seguridad de obligaciones ajenas, queda a salvo su responsabilidad personal, a menos de expresa estipulación en contrario (art. 2454).

d) La facultad concedida al comunero para que antes de verificada la división de la cosa común, hipoteque su cuota, entendiéndose que afectará con esta hipotecación solamente lo que en razón de su cuota se le adjudique en la cosa común (art. 2442), facilita la movilización de este tipo de bienes perjudiciales por muchos aspectos, a la economía general;

e). El derecho amplio reconocido por el art. 2455 de limitar la hipoteca a una determinada suma, sin pasar del duplo del importe presunto o conocido de la obligación principal, aun cuando así se haya estipulado, deja manera al deudor para que acogiéndose a este precepto legal, se prevenga contra abusivas ambiciones del acreedor tentado de exigir un injusto número y valor de garantías. Deja a salvo ese mayor valor de la propiedad, esa plusvalía, y en esta forma el deudor queda con una libertad, al menos en principio, para conseguir nuevos créditos, lo mismo que con cierta libertad para negociaciones de su propiedad que tiene esta parte libre de garantías y peligros.

f). Las razones que hemos expuesto en torno a la preferencia que en toda hora han dispensado a la hipoteca legisladores y acreedores, es justamente el motivo central para que a la sombra de este régimen se haya desarrollado por largo tiempo nuestra economía nacional. Ignorante el país de avanzados sistemas prendarios, ausentes de la legis-

lación sistemas y acciones que garantizaran plenamente los Créditos amparados con otras cauciones, claramente se explica que sólo quedara como respaldo de préstamo la forma hipotecaria.

Pero sobre estas ventajas desgraciadamente han primado y contrarrestado sus benéficos resultados, una larga serie de inconvenientes de los cuales en rápida enumeración consignamos los siguientes:

1o.) Antes del establecimiento y propagación de las instituciones oficiales de crédito se tenían tasas de intereses verdaderamente usuarías. El 24% anual como interés corriente, más tarde o más temprano conducía a la ruina completa del trabajador agrario.

2o.) Los cortos plazos concedidos por el acreedor, condujeron, unidos a los altos intereses, a que la agricultura que no es industria de rápidos rendimientos, no lograra subsistir, no quedando al deudor otro sistema que la entrega al acreedor del bien dado en hipoteca. Hay que agregar ciertos formulismos de la técnica de los préstamos, así como el factor comercial de que bienes dados en hipoteca no es fácil rehipotecarlos con el fin de conseguir nuevos créditos, para apreciar en su conjunto estas dificultades o inconvenientes actuales para el crédito bajo su forma hipotecaria.

A las anteriores consideraciones debe agregarse lo relativo a los dos sistemas acogidos por las legislaciones en torno al régimen hipotecario: el uno que no admite restricción alguna a la absoluta libertad de hipotecación, mientras que el otro en atención a un aspecto social, tiende al establecimiento de restricciones en esa absoluta libertad, declara ciertos bienes inembargables con miras a salvar de futuras ruinas, partes del patrimonio que vaya al sostenimiento de la familia.

La ley colombiana hasta hace algunos años participaba de la primera tesis. La ley 105 de 1931 (Código Judicial vigente) inició la reacción hacia el segundo sistema, pero aun se avanzó más con las leyes 34, 61 y 91 de 1936. Finalmente, a esta labor ha contribuido en forma eficaz la iniciativa particular ideando especiales instituciones intermediarias entre el dueño del dinero y el necesitado de él. Estas sociedades de crédito tratan de dar ventajas al inversionista acreedor añadiendo a la garantía real de la hipoteca, el nombre de una institución seria, las más de las veces patrocinada o respaldada por el Estado. A la vez para el tomador de dinero hay la conveniencia de amplios plazos, intereses moderados y formas de amortización graduales por pagos de cuotas imputables a intereses y capital.

Ampliado así el punto de vista del fenómeno que comentamos se presta a interesantes estudios complementarios: Relacionando el Crédito Hipotecario con los problemas de la rentabilidad de la tierra, el costo de producción en las distintas ramas de la agricultura, los asuntos referentes al interés, los descuentos y redescuentos, la variación fundamental en el criterio de apreciación del valor del bien mueble o, en otra forma, los sistemas de movilización de la propiedad raíz, dan lugar a meditar sobre nuevas cuestiones de íntima relación con los asuntos de la tierra, su productividad y el beneficio que para el país esté representando el nuevo método de la movilización del inmueble y, en general, del régimen de tierras.

### ASPECTO SOCIAL DEL REGIMEN HIPOTECARIO

Todo lo anterior constituye en líneas generales este tercer aspecto social. El crédito depende considerablemente de la estabilidad y seriedad de las relaciones jurídicas y económicas. El dinero para poder circular con seguridad y amplitud, para poder incorporarse a la circulación, necesita por sobre todo un ambiente de franca tranquilidad social, económica y política. Y de los estados de elasticidad o retraimiento en el crédito dependen en gran parte las épocas de holgura, facilidad y bienestar en el agricultor. Esta multiplicación de la riqueza, ese permiso de servirse del capital ajeno como Stuart Mill definió el Crédito, controla y domina las épocas de holgura, como los agudos estados de depresión.

Pero dentro del tema que hemos enunciado es necesario dedicar algunas consideraciones al punto que, como ningún otro, empieza a agitar el pensamiento colombiano: es el problema social de la tierra frente a las leyes y sistemas consagrados por el Código Civil encarado hoy a las nuevas concepciones sobre el valor de la posesión, la primacía del trabajo y del trabajador sobre el derecho inactivo de propiedad.

Hacer de cada colombiano un propietario ha sido la frase que ha definido el pensamiento en torno a esta materia. El dominio o propiedad de un lado, la posesión y el trabajo de otro o un derecho y un hecho parecen ser las dos tesis planteadas sobre esta cuestión económico-jurídica de vital trascendencia en los actuales momentos, para la economía del campo. Viejos principios sobre la materia de la accesión han sido enjuiciados a la luz de nuevas doctrinas de revaluación:

qué es lo accesorio y qué es lo principal a efecto de que éste tenga ese derecho potencial de hacerse a aquel? Es esta la base de los actuales estatutos de régimen agrario.

El Código civil acogiéndose a tradicionales principios vino considerando como cosa fuera de toda duda al dominio como principal, dejando el campo de accesoria a la posesión; el dueño del suelo ha tenido siempre el preferente o potencial derecho de hacer suyas las mejoras plantadas en él porque estimó que en el conflicto de dos propietarios —el del suelo y el de las mejoras— el derecho de lo accesorio debía ceder a favor de lo principal. Sin embargo, esta tradicional tesis empieza a ser revisada en forma fundamental: la propiedad ha quedado subordinada para su conservación a una posesión mediante la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño; en consecuencia, aquel derecho de lo principal para hacerse a lo accesorio pasó, por obra de estas nuevas tesis, a radicarse en quien fuera el poseedor económico del suelo. Pudiera decirse que es la consagración legal de ese "derecho de la producción" a que se refieren los modernos comentaristas.

Son estas las ideas que han encarnado entre nosotros en el actual estatuto de Tierras (Ley 200 de 1936). A la luz de los viejos principios del Código Civil lo principal era la tierra, el derecho de propiedad consagrado en forma absoluta; la Ley de Tierras ha invertido la tesis: lo principal es la posesión, a ella accede la propiedad.

En esta forma el cultivador colombiano empieza a cumplir aquel desideratum de convertirse en un propietario, no ya al amparo solamente de una fuerza económica que le otorgue ese estado, sino por virtud, casi por fuerza, de disposiciones legales que han desplazado ese concepto de derecho a una posición inferiorizada, subordinada al hecho de la posesión; pudiera decirse, han dado la categoría de derecho a lo que bajo el estatuto civil sólo era un hecho. La posesión, de esta manera, es un derecho.

Pero cómo empieza a obrar este régimen dentro de la economía nacional? Será el problema de la producción agrícola en Colombia, solamente un problema de la tierra?

Es este el par de interrogantes que inquietan en los momentos actuales la opinión del país. Y ellos entrañan un triple considerando jurídico, social y económico.

# COMENTARIOS SOBRE LA POSESION

## CLASES DE POSESION Y ACCIONES POSESORIAS

### INTRODUCCION

Hemos escrito estos comentarios sobre la posesión y algunas de sus más importantes consecuencias jurídicas sin conocer el pensamiento de los Honorables Miembros de la Comisión Revisora del Código de Minas, sobre las posibles reformas que pueda sufrir el actual sistema en la legislación minera.

Estudiamos si las bases fundamentales de la reforma que fueron profusamente publicadas en folletos especiales y por la prensa, y observamos el absoluto silencio que guarda la Comisión sobre el tema de nuestro estudio. De allí deducimos que ninguna reforma sustantiva se intenta por ahora a este respecto. Observamos también que según las bases publicadas, en el nuevo código subsistirán los mismos principios que consagran los derechos fundamentales que hoy rigen y han caracterizado siempre la legislación minera del país, así en los tiempos del dominio español, como en los de la República; pero estamos autorizados para pensar que con otro criterio se redactarán las disposiciones normativas que reemplazarán a las existentes. Estas, en desarrollo de sus funciones reguladoras del derecho sustantivo determinan el alcance y sentido de los principios generales, y seguramente limitarán en beneficio del interés común, la acción del individualismo que hoy se ejercita con exagerado respeto en virtud de disposiciones antiguas vigentes todavía.

Esta labor de "acomodación"—podemos llamarla así—que deben tener las nuevas disposiciones normativas corresponde a la transformación jurídica y política que ha sufrido entre nosotros el

concepto de la misión del Estado, considerado antes como espectador del progreso nacional y simple protector del interés privado, y concebido hoy como supremo director de las relaciones de derecho privado y de las iniciativas particulares, como propulsor, responsable del progreso patrio, en cumplimiento de la facultad de intervención activa que la Constitución le otorga.

No somos enemigos de la reforma del C. de M. Por el contrario, nos declaramos fervorosos partidarios de que se establezca en el país la revisión de las leyes en periodos no menores de 50 años. La ley no puede ser obstáculo al progreso de los pueblos ni las nuevas generaciones pueden ser gobernadas con códigos escritos por sus antepasados y para otra época, por más que las leyes adicionales y reformatorias pretendan buscar la relación de adecuación entre la norma primitiva y la nueva situación creada por el progreso, en su marcha siempre ascendente. El número de leyes y de decretos crece incensantemente tratando de restablecer el equilibrio y entonces se rompe la unidad de la doctrina, se fracciona el sistema, y la jurisprudencia que sólo debe ser interpretación de la ley, torna a convertirse en creadora de derecho positivo.

Ejemplos claros de este caos legislativo son entre otras, la ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, de origen americano, que se contrapone fundamentalmente al sistema francés preconizado por el C. de Comercio; la ley 28 de 1932, sobre capacidad de la mujer casada y la ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras que obran fuera del Código y le restan armonía.

Es necesario que en determinadas épocas se recoja toda la legislación dispersa y se ordene en un solo cuerpo de doctrina uniforme sobre cada tema de los que suelen ser considerados con cierta independencia tanto en el derecho público como en el privado.

Este maravilloso monumento jurídico, como se ha llamado al C. de M. no sin exageración, fue escrito en una época en que todavía la industria extractiva era incipiente, especialmente en los pueblos de América latina. Los métodos empleados para la extracción de los metales preciosos resultaban para aquella época muy avanzados si se les compara con los traídos por los conquistadores y con los usados por los aborígenes, pero son rudimentarios comparados con los sistemas modernos que permiten la explotación en grande escala, jamás prevista por el legislador de 1867. La aplicación de la fuerza hidráulica a la explotación de las minas es por

si sola una razón suficiente para modificar el régimen jurídico creado para la modesta explotación realizada por medio de un molino de tres o cuatro pisones (establecimiento común).

Entre las reformas más importantes que propondrá la Comisión al próximo Congreso se cuentan, entre otras, la que establece una reglamentación seria de la organización y funcionamiento de las sociedades ordinarias de minas que hasta hoy han sido consideradas por la ley como simples "comunidades organizadas", como sociedades de familia o negocios de "compadres", con grave perjuicio de terceros. Si se acoge la reforma propuesta por la Comisión los contratos sociales serán solemnes en lugar de consensuales.

Otra reforma interesante es la restricción de las adjudicaciones de las minas denunciabiles, que será reemplazada en parte por el sistema de contratos más productivos para el erario público y beneficiosos para el interés común.

La prescripción extintiva del dominio de las minas amparadas a perpetuidad como consecuencia del abandono material de ellas por espacio de diez años consecutivos, es una de las más atrevidas reformas que debe ser estudiada conjuntamente con la teoría de los derechos adquiridos bajo el imperio de una ley anterior.

Importantes reformas son también las que tienden a reglamentar sobre bases de seguridad la adjudicación de las minas mediante una activa y constante intervención del estado: se trata de evitar entre otros defectos que autoriza actualmente la ley, la abusiva aplicación del artículo 26 del C. de M.; el denuncia de las minas como abandonadas, sin serlo; el anti-científico sistema tributario y "los errores involuntarios" en que se incurre al practicar la medida de las minas; la inestabilidad, en fin, de la propiedad minera mediante la institución de la matrícula.

Hemos dedicado la introducción de nuestra monografía a la reforma del C. de M., que no es precisamente el objeto que nos hemos propuesto al escribir este trabajo, porque cremos que quien trata de hacer un estudio sobre una ley en vísperas de su reforma, debe expresar su concepto sobre la necesidad o inconveniencia de tan importante determinación.

## CAPITULO I

## LA POSESION EN EL DERECHO MINERO COLOMBIANO

## NOCION DE POSESION

Poseer es apoderarse de algo, asirlo fuertemente, colocarlo bajo el poder de una persona. Nuestro derecho positivo acepta en términos generales la definición de posesión enunciada por Savigny, en virtud de la cual la posesión es la tenencia material de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se de por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. En un sentido estricto sólo las cosas materiales son susceptibles de aprehensión física, de poseer materialmente; sin embargo, el artículo 776 del Código Civil estatuye que las cosas incorporales son también objeto de posesión. La posesión de las incorporales está sujeta a las mismas reglas que las corporales y afecta al mismo género de calidades y vicios.

Que la posesión es un hecho y no un derecho es la consecuencia lógica que se desprende del sentido mismo de la definición legal transcrita. Este tema, que fue controversia de otro tiempo, ha sido relegado hoy a un segundo plano en las discusiones jurídicas por la aceptación de magistrados y tratadistas de la conclusión a que acabamos de referirnos.

Dos órdenes esenciales de posesión reconoce el derecho positivo colombiano, que consideraremos abstracción hecha de las categorías legales. Nos referimos a la posesión natural y a la posesión inscrita. En su acepción gramatical, solamente la posesión natural corresponde con plena exactitud al concepto de posesión: sin devenir de ninguna ficción jurídica, se constituye naturalmente por los dos elementos esenciales contemplados desde el derecho de los romanos en la clásica expresión "animus et corpus", esto es, la voluntad de dominio unida al hecho físico de la ocupación.

La posesión inscrita, en cambio, pertenece al sistema jurídico de las presunciones legales; es una posesión sui-géneris, un régimen especial que establece y sanciona el derecho positivo en favor de

quien es considerado dueño de un inmueble en virtud de un título de dominio debidamente registrado para colocarlo a salvo de los intentos de usurpación ejecutados sin su conocimiento y tal vez en su ausencia, sin pretexto de un abandono material pero temporal de él.

La posesión inscrita se estableció por vía de solemnidad y de protección al derecho de dominio: mira especialmente al interés de terceros en función de la mayor publicidad de que reviste al acto y garantiza, por decirlo así, la adquisición de la propiedad en los términos del título que le sirve de respaldo, esto es, con las cualidades que le dan firmeza y con los vicios de que adolece.

Dentro de estas dos clasificaciones genéricas están comprendidas todas las divisiones establecidas por la ley.

El C. de M. reconoce cuatro categorías de posesión: regular, violenta, clandestina y ordinaria. En términos generales hace la misma clasificación del C. C. pero las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas son a veces muy distintas: la posesión ordinaria, por ejemplo, que no existe en la ley civil, corresponde en parte al concepto de posesión irregular del artículo 770 del C. C. Al tratar de la posesión regular hablaremos de las distinciones que la apartan de la concepción de la posesión que lleva este mismo nombre en el C. C., sin que por ello pierda la relación de recíproca interdependencia que existe entre ambas: no en vano la definición del artículo 289 del C. de M. reproduce la escrita en el artículo 762 del C. C.

En el capítulo correspondiente a la posesión ordinaria dedicamos algunos párrafos a estudiar el problema planteado en la legislación civil con motivo de la aparente contraposición que se observa en muchos casos entre el sistema de la posesión inscrita y el de la posesión material, que ya hemos enunciado. Queremos desde ahora justificar esta aparente desviación de nuestros propósitos al entrar a comentar disposiciones del C. C., manifestando que el C. de M. tomó de aquel sólo un sistema, el de la posesión inscrita, pues apenas si tolera o admite la llamada posesión material, en cambio que en las disposiciones del C. C. los dos sistemas se complementan casi siempre, se suceden algunas veces y hasta se oponen fundamentalmente cuando surge la colisión de derechos.

---

## POSESION REGULAR

Es poseedor regular de una mina el que la adquiere por título de adjudicación expedido por el Estado, paga puntualmente los impuestos y la elabora en los términos del Decreto-Ley número 223 de 1932. Estudiaremos separadamente los tres elementos que la constituyen.

**Título.**—Título de una mina es el documento oficial expedido por la autoridad competente para acreditar que el beneficiado ha cumplido los requisitos legales para obtener la adjudicación de la mina denunciada, en virtud de lo cual el Estado le cede la propiedad y posesión de ella (art. 70 del C. de M.).

Se adquiere la posesión regular desde la fecha de la expedición del título? La posesión regular se adquiere por la expedición del título y se conserva por el pago del impuesto, dice el artículo 303 del código. Si nos atenemos al tenor literal de la disposición copiada, la respuesta será afirmativa; sin embargo, el artículo 94 del mismo señala como nulidad del título la falta de registro o el haberse hecho éste imperfectamente. Nos parece una impropiedad llamar nulidad a la falta de una solemnidad que significa la tradición de la cosa, subsanable en cualquier momento. En nuestro derecho solamente hay un caso en que la falta del registro pasados noventa días de la fecha del título acarrea nulidad del contrato y es el de hipoteca. Los demás actos o contratos se consideran perfectos, tratándose de bienes raíces por ejemplo, desde que las partes han otorgado la escritura pública: desde entonces se adquiere el derecho a la tradición del inmueble o a la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Tal ocurre con los títulos de adjudicación de minas: el adjudicatario adquiere el derecho a la propiedad y posesión de la mina desde el momento en que el Estado le otorga el título correspondiente, pero ese derecho se cristaliza por la tradición verificada en virtud del registro del título en el libro primero y primero duplicado de la oficina del circuito de la ubicación de la mina.

Llámase también título a los que reciben este nombre según el C. C. y sirven para transferir el dominio de los bienes raíces o de-

rechos reales constituídos en ellos. Cuando se verifique una mutación de dominio por uno de los medios autorizados por las disposiciones civiles, surgen en favor del adquirente los derechos y acciones que correspondían a su antecesor, pero frente al Estado no se podrá alegar derecho alguno que no hubiera sido concedido expresamente a los antecesores ya que en la legislación minera no existe el derecho de prescripción adquisitiva de dominio.

Con todo, el que elabore una mina en virtud de uno de estos títulos puede adquirir la propiedad y posesión de ella mediante un proceso que ha sido llamado de titulación para diferenciarlo del de adjudicación propiamente dicho, siempre que reúna las condiciones expresadas en el artículo 81 y practique las diligencias de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 78, 79 y siguientes del C. de M. y 21 de la ley 292 de 1875.

**Nulidad del Título.**— Según el artículo 18 de la ley 292 de 1875, el título de una mina consta de los siguientes documentos: copia de la diligencia en que consta el aviso del descubrimiento de la mina, dado ante el Jefe Municipal; copia del escrito de denuncia y de las explicaciones o aclaraciones que se le hagan; copia de la diligencia de posesión; copia de la resolución en que se manda expedir el título y constancia del pago de los respectivos derechos. Se autentica el documento con la firma del Gobernador del Departamento y del Secretario de Hacienda.

La falta del título puede suplirse en juicio con la presentación de los documentos anteriores, siempre que por otra parte se compruebe que se han llenado los requisitos para obtenerlo, que éste se haya expedido en favor del que lo alega y la constante de haber sido debidamente registrado.

En primer lugar debemos advertir que una vez expedido el título por el órgano ejecutivo queda fuera de su jurisdicción la facultad de revisarlo para decidir si está ajustado a la ley. Corresponde al órgano judicial resolver las controversias que se susciten entre particulares sobre la validez o nulidad del instrumento. Solamente la nulidad de que trata el ordinal 1.º del artículo 94 puede ser subsanada por el ejecutivo sin intervención judicial porque lo que ocurre en este caso es que se ha expedido un título incompleto que debe completarse.

Además de las dos causales de nulidad anotadas, que más bien que causas de nulidad son simples informalidades, el capítulo 8.º

enumera seis motivos más, a los cuales nos referiremos someramente.

1o.—Hay nulidad de un título cuando se entrega al adjudicatario una extensión mayor de la autorizada por la ley, es decir, más de mil ochocientos metros para las minas de filón, de un cuadrado de tres por tres o de un rectángulo de dos por cinco kilómetros para los yacimientos aluviales; y, de un cuadrado de dos kilómetros por base en las minas de sedimento y las que se encuentran en capas (art. 313, Ley 153—1887). En este caso, la nulidad del título sólo es parcial. El propietario de la mina es poseedor regular de la porción comprendida dentro de las dimensiones legales, pero puede amparar los excesos en la forma prevista en el Capítulo 21;

2o.—Siempre que se denuncie una mina con un nombre diverso del con que era conocida en el paraje de su ubicación o se avise una mina como de nuevo descubrimiento, siendo de antiguo, y no se rectifique el error de conformidad con los artículos 350 y 351 podrá declararse la nulidad del título en un juicio ordinario. El derecho de impugnar la validez del título corresponde, en el primer caso, a todo el que demuestre un interés jurídico positivo en obtenerla bien por ser poseedor de un título anterior o como consecuencias de una denuncia posterior al título de cuya nulidad se trata (104); sólo obtendrá sus pretensiones el demandante si demostraré plenamente que el paraje de la ubicación de la mina tiene un nombre conocido y que el que se le dio en el escrito de denuncia no corresponde a ninguno próximo a ella. La segunda de las nulidades mencionadas presenta las mismas características de la anterior con las ligeras modalidades que le introduce el artículo 107. Esta nulidad es absoluta y como se retrotrae en sus efectos a la fecha del título, no podrá considerarse como regular la posesión intermedia. Es necesario que el poseedor vencido obtenga un nuevo título por cualquiera de los procedimientos autorizados por la ley;

3o.—El numeral 6o. del artículo 94 contempla la posibilidad de obtener la declaración de nulidad de un título cuando el beneficiario ocultó el nombre del último poseedor. Sólo puede alegar la nulidad el que la posea en virtud de un aviso de la misma mina y su último poseedor. Si no hubiere sido maliciosa la omisión o el trueque o al menos no pueda demostrarse la mala fe, sólo el dueño

que no hubiere sido citado personalmente puede ejercitar la acción. Las consecuencias que se siguen de esta declaración son las mismas de las anteriores.

4o.—El ordinal 7o. establece una causa de nulidad parcial de un título en el que se comprende parte de otra mina titulada. Puede alegar esta causal el colindante que no hubiere sido citado personalmente o por medio del representante al acto de la posesión. En virtud de la sentencia de nulidad el colindante recupera la parte de su mina de que fue indebidamente privado.

5o.—Finalmente hay nulidad de un título si los documentos que lo forman no están de acuerdo con los originales de donde se tomaron. La legislación minera consagra una acción popular para demandar la nulidad del título falsificado, o alterado y aún más, ordena a las autoridades competentes el deber de decretarla de oficio. La nulidad será absoluta y el documento ineficaz para proteger derecho alguno si se probare que las adulteraciones de que adolece son imputables a la persona en cuyo favor se expidió; en el caso contrario, la nulidad será relativa: garantiza los derechos del interesado con las modificaciones que deban hacerse al tenor de los documentos originales, pero el interesado deberá solicitar la expedición de un nuevo título dentro de los 60 días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento del vicio de que adolecía su título, pasados los cuales el poseedor será un simple ocupante de la mina.

La sentencia que decreta la nulidad absoluta de un título coloca al titular vencido en la desventajosa posición de poseedor ordinario y debe adquirir nuevamente su derecho a la propiedad de la mina dando un nuevo aviso o por los trámites establecidos en los artículos 78 a 87 del código. Es tanto más gravosa su situación si se considera que el vencedor en el juicio ordinario tuvo que demostrar, por regla general, su mejor derecho a la propiedad de la mina si se trata de un poseedor regular o la preferencia a la adjudicación, si se trata de un poseedor ordinario.

**Los Títulos de minas son traslaticios de dominio?**—Los títulos define el C. C., son constitutivos o traslaticios de dominio. Pertenecen a la primera clase la prescripción, la ocupación y la accesión; son de la segunda especie los que por su naturaleza sirven para transferirlo como los contratos de compra-venta, permuta, la do-

nación, la sucesión por causa de muerte, las sentencias en los juicios divisionales, etc.

Los primeros no son propiamente títulos sino modos de adquirir el dominio de las cosas y son la fuente originaria del derecho de propiedad privada.

El que posee una mina en virtud de uno de los títulos constitutivos de dominio es apenas un poseedor ordinario en los términos del inciso 3o. del artículo 70, a menos que exista también título de adjudicación, por las siguientes razones: a) La prescripción, no obstante que en principio corre contra toda clase de personas y contra el Estado mismo (artículo 2517 del C. C.), no tiene lugar en el derecho minero; b). No pueden adquirirse por ocupación porque de esta manera sólo es permitido obtener la propiedad de las cosas que no pertenecen a nadie y según el artículo 1o. del código, las minas existentes en el territorio del Estado pertenecen a la nación o a los particulares; y c). No puede ganarse por accesión el subsuelo, o mejor los minerales adjudicables que se hallan en él, por falta de disposición expresa, pues al contrario el título fija definitivamente los linderos de la propiedad.

Los demás títulos traslaticios de que habla el C. C. sólo acreditan en la legislación minera, la mutación del dominio sobre la mina que ha sido adjudicada (artículo 70).

El título que expide el Gobernador del Departamento en nombre del Estado al que ha cumplido los requisitos legales para obtener la propiedad de la mina, es una especie de título traslativo de dominio y requiere su registro como los de esta clase para notificar la tradición de la mina. El registro, que se verifica en virtud de la obligación impuesta por el artículo 2652 del C. C. debe hacerse en el libro primero para acreditar que la mina ha pasado del poder del Estado al patrimonio privado, y en libro uplicado de éste, por ser el Estado el tradente de la propiedad. En el libro primero se registrarán las transferencias posteriores que de ella se haga.

II.—Impuestos.—El sistema establecido por el C. de M. no guarda relación con el preconizado por los tratadistas de Hacienda Pública. Impuesto, define el doctor Esteban Jaramillo en su Tratado de Hacienda Pública, es el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos, para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especia-

les". En términos generales, ésta es también la definición de Seligman. Para cobrar los tributos, el Estado dispone de empleados especiales investidos de una jurisdicción especial llamada coactiva. En la legislación minera, a excepción del impuesto "predial" recientemente establecido para gravar las minas amparadas a perpetuidad, si el interesado no paga oportunamente los impuestos y otro denuncia la mina, el que tenía posesión la pierde. Antes de la vigencia del Decreto número 223 de 1932, si por un error involuntario no se pagaba totalmente el impuesto, la mina caía en abandono.

El impuesto anual, llamado comúnmente de estaca, participa de las características del sistema tributario y de las propias del contrato de arrendamiento, sin que por ello pueda afirmarse que el Estado arrienda sus minas al avisante que obtiene el título.

El sistema tributario que comentamos falta también a la equidad porque la única medida justa del impuesto, según los expositores modernos, es la capacidad tributaria del contribuyente. El impuesto anual se paga conforme a una tarifa formada de acuerdo con la calidad de la mina, no con relación a su productividad.

Tal vez esta modalidad especial que comentamos en el párrafo primero, haya inspirado la teoría de que el Estado no cede la posesión y propiedad de sus minas a los particulares que las adquieren cumpliendo todas las formalidades de la ley y afirman que el título es solo el comprobante de que el beneficiario ha obtenido una concesión del Estado para explotar la mina que se le adjudica mediante el cumplimiento de determinados requisitos, siendo el principal, el pago del impuesto anual.

No puede servir de base para aceptarse esta teoría las consecuencias que se siguen de esta omisión que solo significa una excepción a la regla general de los impuestos, establecida por el legislador en consideración a que esta manera era más práctica para el Estado en la época en que se redactó el Código de Minas, pero que es un sistema que ahora se trata de corregir, al menos en parte, según lo ha expuesto la Comisión.

Basta con considerar que el adjudicatario de una mina puede venderla, arrendarla, gravarla con hipoteca, darla en anticresis y, en fin, ejecutar todos los contratos de que es capaz el dueño de un bien raíz según las disposiciones civiles. Si la omisión en el pago de los impuestos produce el efecto de extinguir los gravámenes y suspender la vigencia de los contratos que tienen por base la propiedad

minera es una consecuencia lógica porque extinguido el derecho principal se extingue lo accesorio, en el primer caso, y en el segundo, quien enajena una mina no transmite a su sucesor otros derechos que los que le concede el Estado y éste, al adjudicar la mina, estableció la condición de resolver ipso facto el "contrato" si no se pagan puntualmente los impuestos y otro la ha denunciado durante la mora.

De lo anterior se deduce que la legislación minera se funda en un sistema especial de excepciones y privilegios, y que la propiedad minera es una institución sui-géneris creada especialmente para la adjudicación de las minas.

IMPUESTO ANUAL.—Dos son las consecuencias importantes del sistema tributario en la legislación de minas: el pago de los impuestos equivale a la tenencia material de la mina y conserva la posesión regular (artículo 289 C. de M.). Esta disposición quedó sustancialmente modificada desde la vigencia del citado Decreto 223 como lo analizaremos al tratar del laboreo de las minas. [Las modificaciones introducidas por el decreto-ley no destruyen la presunción a que aludimos, al menos totalmente. Para pagar el impuesto anual es necesario comprobar que se ha elaborado la mina, luego el pago del impuesto hace presumir, ahora con más fundamento jurídico, la tenencia material de la mina y por consiguiente, la posesión regular de ella.

Hemos dicho que la obligación de trabajar las minas so pena de perder la posesión regular, modifica la presunción de que trata el inciso 2o. del artículo 289 del C. de M. pero no la destruye. Es que en nuestra opinión la presunción establecida por el citado inciso era una presunción de derecho que vino a ser presunción legal con la vigencia del Decreto No. 223. "En las minas, para el efecto de constituir y conservar la posesión, el pago del impuesto **equivale** a la tenencia material de la mina". El artículo 66 del C. C. exige que para que una presunción no admita prueba en contrario es necesario que el legislador exprese su voluntad de que la presunción que se establece sea de derecho. El C. de M., en el artículo que comentamos, en lugar de decir "Se presume de derecho" usa otra expresión que tiene el mismo sentido: "equivale". En derecho no hay fórmulas sacramentales.

Cuando el dueño de una mina o su representante va a hacer

el pago del impuesto anual debe acompañar la prueba de que la mina ha sido trabajada de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 223; si no acompaña esta prueba, el Administrador de Hacienda no ordena el pago (1). La mina, entonces, se pierde, por falta del pago del impuesto anual. Si en cambio se admite el pago del impuesto, la presunción que estudiamos encuentra una base razonable y jurídica: la comprobación del laboreo de la mina que precede al pago del impuesto. Pero la presunción es ahora solamente legal, es decir, admite prueba en contrario. Si el que presentó la prueba del laboreo de la mina se valió de dolo, cohecho o cualquier otro medio fraudulento para producirla, todo el que tenga interés en la mina podrá demostrar que ésta no ha sido trabajada en la forma prescrita por el decreto Nro. 223. Si esto ocurre, la presunción de que el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina se destruye: la mina se reputa abandonada por falta de laboreo no obstante haberse pagado los impuestos; esta presunción es ahora simplemente legal, admite prueba en contrario.

El pago del impuesto conserva la posesión regular de la mina siempre que además, se cumplan las siguientes condiciones: a) que el pago se haga en el tiempo oportuno (hasta el 31 de marzo. Decreto 223) o que se verifique durante la mora, y otro no la haya denunciado como abandonada; b) el impuesto sólo ampara la extensión que según la ley puede adjudicarse, pero el interesado en conservar los excesos que estén comprendidos en los límites generales de su título puede ampararlos por el pago proporcional que se haga de conformidad con la tarifa especial (Decreto 223); c). Si de acuerdo con el título tiene derecho de explotar las minas de veta y de oro corrido debe pagar separadamente los impuestos que corresponden a cada una de ellas según la clasificación: si sólo paga los correspondientes a la mina de veta quedará abandonada la de aluvión y viceversa; d). Si el dueño de una mina quiere abandonar parte de ella debe manifestar al recaudador que paga el impuesto por la porción que desea conservar, fijando con precisión los límites de la parte que se reserva; e). Si en el título no se indica la extensión de la mina, el interesado, al cubrir el impuesto correspondiente al primer año, debe manifestar la extensión que le calcu-

(1) No siempre el Administrador puede rechazar el pago: debe graduar los impuestos. (N. del autor).

la; f). Para el efecto del pago del impuesto—y para la comprobación del laboreo—las minas que se hubieren dividido se considerarán como si hubieran sido adjudicadas separadamente; y, g). El pago del impuesto puede hacerse directamente por el interesado o presidente de la sociedad o por medio de un apoderado (recomendado). Incluimos en esta enumeración, algunas condiciones que no son necesarias para la conservación de las minas, pero como no vamos a referirnos a las condiciones adjetivas y consideramos que las incluidas aquí tienen alguna importancia, creimos oportuno enunciarlas a pesar de que ello pueda ir en perjuicio de la claridad.

Finalmente queremos observar que el Decreto 223 derogó el artículo 3 de la ley 59 de 1909 por el cual se establecía la facultad de amparar la mina a perpetuidad mediante el pago anticipado del valor de los impuestos (20 años). Esta absurda disposición no trajo mayores beneficios para el erario público pero perjudicó en cambio, el desarrollo normal de la industria y todavía hoy, a pesar del impuesto predial, constituye un serio problema para el Estado y para los particulares que quieren explotar las minas que otros conservan pero no trabajan.

**LABORES DE LAS MINAS.**—Los artículos 10 y 11 del Decreto 223 de 1932, por el cual se establece el trabajo obligatorio de las minas, so pena de hacerse efectiva en favor del Estado la condición resolutoria, modificaron el concepto de posesión regular establecido por el C. de M. El pago del impuesto hace presumir la tenencia material de la mina; la comprobación del laboreo demuestra o infirma esta presunción. Tanto la falta de pago de los impuestos como el abandono material de la mina son ya causas suficientes para perderse la propiedad y posesión regular de las minas.

Las minas de veta, aluvión y las de cobre, se reputarán abandonadas si no fueren elaboradas en los términos del artículo 10 del Decreto a excepción de las que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 11, pasados cinco años desde la vigencia del citado Decreto. Las minas de esta clase que se hubieren estado trabajando o explotando formalmente en la fecha de la expedición del decreto, se reputarán abandonadas si se suspendiere la explotación por más de tres años. Para las minas que en adelante se titulen (1932), el término señalado en el artículo 5o. empezará a contarse desde la fecha de la expedición del título.

Para las minas amparadas a perpetuidad estableció el artículo 7o. un impuesto predial nacional como sanción por el abandono material de la mina, pero aun cuando no sean trabajadas, el dueño de la mina no perderá la posesión regular de ella por esta causa. Es esta la funesta consecuencia de la vigencia del artículo 3o. de la ley 59 de 1909 que permitía asegurar permanentemente la propiedad de las minas por medio del pago duplicado, de una vez, de los impuestos que según la tarifa existente se deberían causar en 20 años, felizmente derogado por el artículo 8o. del Decreto, sin perjuicio, eso sí, de los derechos adquiridos.

Entre las modificaciones más trascendentales que propondrá la Comisión revisora del código, se encuentra la de hacer extensiva la obligación de explotar las minas redimidas a perpetuidad. La explotación de éstas deberá iniciarse dentro del término de 10 años, bajo la prescripción extintiva de los derechos de los particulares.

La proposición de la Comisión, será seguramente objeto de violentas críticas en el Parlamento, porque puede ser considerada como lesiva de los derechos adquiridos bajo el imperio de la ley anterior. Ninguna explicación dá la Comisión con la cual pretenda justificar la reforma, justa por demás, de tan importante materia.

Nosotros nos atrevemos a creer que esta reforma no es violatoria de los derechos adquiridos. En efecto, el adjudicatario que amparó la mina a perpetuidad de conformidad con el artículo 3o. de la ley 59, adquirió un derecho, el de no pagar más contribuciones para conservar la posesión regular y la propiedad de la mina. Así por ejemplo, no le afecta el aumento de los impuestos ni puede exigírsele nuevos tributos para conservar la mina; no así en cuanto a las limitaciones que puedan imponerse al dominio en beneficio de la colectividad y particularmente de la industria, por medio de disposiciones de orden público como son las que establecen prescripciones adquisitivas o extintivas de dominio y de derecho reales.

La obligación de trabajar las minas en la forma establecida por el Decreto 223 es solamente una condición para conservar la posesión regular y la propiedad de ellas. Esta condición, respecto de las minas no redimidas a perpetuidad, entraña una prescripción extintiva de dominio, que según el pensamiento de la Comisión se hará extensiva a las minas amparadas a perpetuidad, si pasados 10 años contados desde la vigencia de la nueva ley, el interesado no trabajare la mina en forma regular. No habrá respecto de las mi-

nas prescripción adquisitiva de dominio a diferencia de lo que establece el artículo 2531 del C. C.

## CAPITULO II

### POSESION VICIOSA

Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina. Su característica esencial es el atropello del derecho ajeno ejecutado por medio de la fuerza para apoderarse de la mina privando al dueño, o al simple poseedor, o al mero tenedor de la posesión material; o bien ejerciendo sobre ella una posesión y ocultando cuidadosamente este hecho a los que según la ley tienen derecho para oponerse a ella.

**POSESION VIOLENTA.**—El art. 292 del C. de M., toma del art. 772 del C. C. una definición breve y concisa: "Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza"; y como en este artículo, el código sigue la letra de las disposiciones de los artículos 773 e incisos primero y segundo del 774 del C. C.

Así en derecho minero, el vicio de violencia existe cuando se ejercita la fuerza para ocupar la mina, así sea contra el verdadero dueño, contra el que la poseía sin serlo o contra el mero tenedor. En sus efectos jurídicos, es lo mismo que la violencia se ejercite directamente por el que la pretende para sí, o por sus agentes y aun sin su conocimiento, siempre que ratifique expresa o tácitamente el atropello.

Se reputa también poseedor violento el que en ausencia del dueño se apodera de la mina y volviendo éste le repele (774 C. C. 293 del C. de M.).

Para la mejor inteligencia de este artículo se hace necesaria una explicación: de conformidad con el tenor literal de esta disposición, no existe el vicio de violencia cuando alguien se apodera de una mina y volviendo el poseedor ordinario le repele. La ley en esta disposición sólo habla de dueño y para adquirir la calidad de tal, especialmente en la legislación minera, debe existir título de adjudicación.

Si existen dos poseedores regulares, es decir, dos personas naturales o jurídicas que exhiban título expedido por el Estado y justifiquen el pago del impuesto y se ejercitare contra alguna de ellas la fuerza para impedirles que vuelvan, existe el vicio de violencia que define el artículo 292 del C. de M. Es evidente que ambos no pueden ser dueños de una misma mina, pero es posible que sobre una propiedad minera existan varios poseedores regulares. Al poseedor regular no puede exigírsele que compruebe su calidad de dueño, le basta acreditar su calidad de poseedor regular para que se le recozca dominio mientras otra persona no le discuta su derecho y obtenga la sentencia favorable a sus pretensiones (artículo 308 C. de M.).

Con todo, existe una clase de poseedor ordinario que hemos llamado **especial** y que es el que da el aviso de que tratan los artículos 8, 79, 346 y 367 del C. de M. Esta calidad de especial le acompaña durante el proceso de adjudicación mientras no pierda su derecho preferente por algunas de las causales enunciadas en el artículo 118 (313). Sin embargo, como no es dueño de la mina, si volviendo a ella, el ocupante le repele con la fuerza, ese ocupante no podrá reputarse poseedor violento. Es más, si para conservar su posesión tuviere que ejecutar actos de violencia, su posesión se convertirá en violenta (311).

Finalmente, el artículo 292 en su inciso segundo reproduce el artículo 772 del C. C., por el cual se establece que la fuerza puede ser actual o inminente: es actual cuando interviene directa o inmediatamente en el acto de adquirir la posesión; es inminente cuando por temor a ella puede obtenerse la posesión violenta, sin fuerza actual (C. C. artículos 770, 772, 773, 774 y 775).

**POSESION CLANDESTINA.**— El artículo 295 del C. de M. transcribe la definición del inciso tercero del artículo 774 del C. C., según la cual "posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella".

Este género de posesión viciosa se concibe fácilmente tratándose de cosas muebles, las cuales por su naturaleza, pueden sustraerse y ocultarse al verdadero dueño o al poseedor, pero en materia de inmuebles resulta más fácil la comprensión de su sentido, al menos práctico. Sin embargo, en nuestro estatuto minero hay varias disposiciones que se refieren directamente a la clandestinidad que, para

los efectos de la ley se identifica con la mala fe, en los cuales no han reparado los que ensayan sus críticas desfavorables contra la utilidad práctica de esta figura jurídica.

Citaremos algunos casos a manera de ejemplos: el que teniendo noticia de que por otro u otros se está descubriendo una mina de las que según la ley son denunciables y dé el aviso de que trata el artículo 80., adquiere sobre dicha mina una posesión ordinaria especial, al paso que los descubridores reales de los minerales sólo están en posesión ordinaria común, de la mina que exploran. El derecho a la preferencia de la adjudicación del avisante está viciado inicialmente de clandestinidad porque el avisante procedió de mala fé, y ocultó su intención y la posesión ordinaria especial que adquiere, al que tenía derecho de avisarla. El código establece una sanción para este poseedor clandestino que consiste en presumir avisada la mina para el verdadero descubridor, una vez que éste compruebe la mala fe y la clandestinidad del otro (ver artículo 311).

El que denuncia una mina abandonada, como de nuevo descubrimiento, sabiéndolo, adquiere también una posesión ordinaria especial pero viciada de clandestinidad, que se convertirá en posesión regular si obtiene título de la mina, sin que por ello desaparezca el vicio de clandestinidad. Igual consecuencia se desprende de la posesión que se adquiere ocultando los nombres de los últimos poseedores o mediante el cambio malicioso de sus nombres, o designando la mina con un nombre diferente al conque era conocida en el paraje, etc., circunstancias éstas que acarrearán nulidad del título precisamente por su clandestinidad.

La clandestinidad y la violencia, en realidad de verdad son simples modalidades que afectan la posesión regular y la ordinaria, no obstante que las acciones que se derivan de ellas son distintas. Decimos que son modalidades de la posesión regular o de la ordinaria, porque el poseedor vicioso tiene que ser poseedor inscrito o simplemente poseedor material, es decir, ocupante de la mina con derecho preferencial a su adjudicación o sin él. El dueño de una mina, poseedor regular por consiguiente, puede ser poseedor violento, si lanza de la mina y sin intervención de la justicia, al poseedor que la ocupa.

El C. de M. no habla de justo título como condición necesaria para adquirir la posesión de las minas pero por analogía podemos

afirmar que declarada la nulidad de un título por esta causa, no podrá considerarse que el poseedor vencido haya enido la posesión regular de ella. Esta conclusión es más clara si se tiene en cuenta que la nulidad declarada judicialmente se retrotrae en sus efectos al momento de la expedición del título, siempre que, de conformidad con las disposiciones del capítulo 8o. del C. de M. no sea subsanable sin necesidad de nuevo aviso de la mina.

La clandestinidad comprobada es una manifestación de mala fé. Según las disposiciones del C. C. para adquirir la posesión regular es necesaria la buena fé al tiempo de la adquisición (764 C. C.) Por analogía podemos afirmar que el poseedor ordinario de una mina que ha tenido que obrar con clandestinidad para obtener el título no adquiere la posesión regular sino aparentemente. Su posesión será siempre ordinaria común, viciada de clandestinidad. El C. de M. dice que se convertirá en clandestina, pero de acuerdo con el concepto antes expuesto, la posesión viciosa es una calidad accesoria de la posesión regular o irregular del C. C. o de la posesión regular u ordinaria del C. de M. La violencia o la clandestinidad suponen necesariamente la existencia de la posesión ejercida en una de estas dos formas.

### CAPITULO III

#### POSESION ORDINARIA

POSESION MATERIAL Y POSESION INSCRITA. — Antes de entrar a estudiar la posesión sin título que reglamenta el C. de M., nos referiremos al problema planteado en la legislación civil con motivo de la prescripción adquisitiva de dominio de los bienes raíces.

---

Al rededor de la interpretación jurídica que deba darse a los artículos 789 y 2526 en relación con el artículo 2531 del C. C. se ha dividido en dos grandes corrientes o escuelas la opinión de los jurisconsultos. Conceptúan algunos que existe verdadera antinomia entre las disposiciones citadas y lanzan la idea de que la aplicación

estricta del ordinal segundo del artículo 2531, por el cual se permite adquirir por prescripción el dominio de los bienes raíces que se poseen sin título, deja sin aplicación el principio fundamental de que la inscripción del título de propiedad en la oficina de registro de la respectiva jurisdicción asegura para el titular del derecho la posesión del inmueble hasta tanto que esta se cancele por la inscripción de un nuevo título por el cual el dueño de la cosa transfiera a otro en todo o en parte sus derechos sobre ella, o por decreto judicial. Opinan otros, que no hay contradicción alguna entre los principios consagrados por dichas disposiciones y partiendo de esa base exponen teorías conciliadoras.

Los términos empleados por el legislador en el artículo 2531 son absolutos y por tanto no admiten limitación alguna: el dominio de las cosas comerciales, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria bajo las reglas que van a expresarse: 1o.—Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno (subrayo): 2o. se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 3o. Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1o. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 30 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; que el que la alega pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

La prescripción extraordinaria corre contra toda clase de personas y no se suspende ni aún en favor de las enumeradas en el artículo 2530, esto es, perjudica intereses tan protegidos por la ley como los de los menores, los dementes, los sordomudos, los que están bajo patria potestad o bajo tutela o curaduría y la herencia yacente (2530). Sólo existe una excepción a esta regla general y es la consagrada en el artículo 9 de la ley 95 de 1890 en relación con la constitución de servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas inaparentes que sólo pueden adquirirse por medio de un título (escritura pública).

Creemos que con igual fundamento pueda sostenerse que el código establece otra excepción de carácter especial cuando en el artículo 2526, capítulo 2o. del título 41 que trata precisamente de la prescripción declara terminantemente que “no tendrá lugar la pres-

cripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo". Y esta excepción rige tanto para la prescripción ordinaria como para la extraordinaria porque estas son las dos grandes divisiones de la institución jurídica llamada prescripción adquisitiva a que se refiere el artículo (artículo 2527).

Consideramos también que la prohibición del artículo 2526 que acabamos de citar no era rigurosamente necesaria y que al incluirla quiso el legislador aclarar mejor su pensamiento ya expuesto en los artículos 785 y 789, de dar toda clase de seguridades a la propiedad de los bienes raíces cuyos títulos han sido debidamente registrados.

Pocas disposiciones del código están redactadas con tanta precisión. Según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 789, mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiera el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente. Es que el sentido mismo de este artículo está diciendo que la prescripción treintenaria de que habla el código, hoy de 20 años según la ley 50 de 1936, sólo empieza a correr desde el primer acto de apoderamiento material del inmueble no inscrito, afirmación que por demás corroboran los arts. 790 y 791 al señalar los casos en los cuales el dueño de un inmueble pierde la posesión de él en favor del usurpador y que son: a). Se pierde la posesión de un bien raíz si alguien, dándose por dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito; y, b). Si el tenedor de la cosa, dándose por dueño, la enajena a su propio nombre, a menos que la tenga en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, porque entonces "no se pierde, por una parte la posesión, ni se adquiere por la otra, sin la competente inscripción".

Los partidarios de la teoría de la contraposición manifiesta de los dos sistemas sintetizan su opinión diciendo que si se interpreta como excepción lo dispuesto en el artículo 789, queda sin utilidad práctica y sin sentido jurídico la disposición que instituye en favor del poseedor material la prescripción adquisitiva de dominio porque no existiendo la facultad de ejercitar este derecho contra el poseedor inscrito, el trabajador de la tierra podrá ser despojado de su predio en cualquier momento por el poseedor inscrito o sus sucesores.

El doctor Miguel Moreno Jaramillo, ensaya una teoría de conciliación de los dos sistemas y la sustenta con argumentos de peso que merecieron amplia acogida de sus colegas de la Corte Suprema de Justicia del país.

Fundamento de su teoría es la distinción entre la posesión de los bienes incorporales entre los cuales se cataloga la posesión del derecho de dominio, y la posesión de las cosas corporales que se ejerce por acto físico de apoderamiento.

Es científico, dice, afirmar que se posee el derecho de dominio y esta posesión, que es inmueble por una ficción de la ley, se adquiere por el registro. El dominio se conserva por medio de la inscripción y la finca se posee materialmente ejerciendo sobre ella actos de señorío. En el campo probatorio se distinguen fundamentalmente: la posesión del dominio se demuestra por la competente inscripción y mientras esta subsista no es admisible prueba alguna con que se pretenda impugnarla, y la posesión del suelo se establece por hechos positivos que la supongan como quemar, rosar, barbechar, sembrar, aporcar y segar.

"Distinguiendo lo incorporal de lo corporal se comprende que en Colombia no puede adoptarse como único, ninguno de los sistemas contrarios, ni el del registro ni el de la tenencia, sino que ha de seguirse una regla para la posesión del dominio y otra regla para la posesión del inmueble".

Después de sentar como base la relatividad de las nociones de dueño y propiedad según las definiciones de los artículos 946 y 950, fija la prelación de derechos en la fecha del registro para los bienes inscritos y en el primer acto de apoderamiento con ánimo de señor y dueño, en la posesión material de los inmuebles.

Seguendo esta teoría, aceptada por la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencias de casación de 26 de febrero de 1936 y 17 de febrero de 1937, el poseedor inscrito que reclama como dueño la restitución de la finca obtendrá sus pretensiones si su título o el de su causante es anterior al primer acto posesorio del opositor que alega en su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio o de derechos reales constituídos en ella, y el fallo será adverso en el caso contrario.

Para facilitar la inteligencia de sus conclusiones el doctor Moreno Jaramillo escribió los ejemplos que a continuación transcribimos y que forman parte de un estudio sobre este tema publicado

por el autor de la sentencia, en la revista del Colegio de Abogados de esta ciudad.

“PRIMER CASO: Pedro, con título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principia en 1911. Debe triunfar Pedro. SEGUNDO CASO: Pedro, con un título registrado de 1910, demanda a Juan, cuya posesión principia en 1909, y presenta además, otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título”.

La tesis del doctor Moreno Jaramillo salva la armonía y concordancia de las disposiciones del C. C. pero desde el punto de vista práctico se vuelve contra los derechos que pueda adquirir el trabajador de la tierra por el hecho de poseerla materialmente, al descartar la pretendida supremacía del artículo 2531 sobre el 789 del C. C.

Leopoldo Urrutia, notable expositor chileno, llega también a la conclusión de que no existe contraposición alguna entre los artículos que examinamos. La prescripción extraordinaria, tal como se ha establecido en nuestro sistema—concluye el profesor—sólo puede ejercitarse sobre inmuebles que se tengan sin título debidamente inscrito en el registro conservador.

No paran allí las conclusiones del tratadista a que aludimos. Las consecuencias prácticas que se siguen de su teoría le obligan a una retractación y afirmando siempre la compatibilidad de los dos postulados ensaya su teoría que denomina de la **inscripción papel**.

Para el profesor chileno como para el doctor Moreno Jaramillo existe una diferencia fundamental entre la posesión que se conserva por la inscripción y la que se mantiene por el trabajo constante sobre el inmueble. La opinión de ambos difiere en relación con el valor legal de la posesión inscrita que se mantiene separada de la posesión material de la cosa por el tiempo necesario para que la ley reconozca un derecho de dominio en beneficio de quien la ha trabajado, sin interrupción, durante ese tiempo. Según el doctor Moreno Jaramillo si el título que sirve de base al juicio de reivindicación es anterior al primer acto posesorio ejecutado por el ocu-

pante,, el que tiene el título y comprueba la competente inscripción impone sus pretensiones al opositor.

Urrutia se revela contra estas conclusiones y expone una ingeniosa teoría que encuentra amplia acogida en los intérpretes de su patria, respaldada también por la jurisprudencia de la H. Corte de Chile, y que puede sintetizarse así: la inscripción es un acto que establece la ley como solemnidad de un hecho para salvaguardia de los derechos de terceros y del interesado; conserva los derechos del titular y lo protege contra la ocupación injusta que puede sufrir su propiedad por un simple abandono o por la acción violenta o clandestina de otros. Pero la falta permanente de la inscripción en la cosa por parte del dueño deja sin razón de ser la inscripción en el registro público porque la inscripción es la solemnización de un hecho y faltando ese hecho físico de la posesión la inscripción nada solemniza ni asegura: es una simple presunción legal.

Nosotros nos inclinamos a creer que la interpretación del doctor Moreno Jaramillo y la primera conclusión del profesor Urrutia, son las conclusiones más jurídicas a que se puede llegar meditando sobre el valor legal de las disposiciones comentadas.

Sin embargo, una lección más importante hemos aprendido al estudiar la posesión de conformidad con las disposiciones civiles, que los tratadistas citados no revelan expresamente pero que es una consecuencia lógica de sus conclusiones, especialmente de la teoría de la inscripción papel. Es la evidente injusticia que nuestra ley consagra al dar un valor exagerado al acto de la inscripción de un título en el registro de instrumentos públicos, estableciendo una presunción que no siempre corresponde a la realidad. Quisiéramos ver a qué conclusiones llegaría nuestra Corte si se presentara un "dueño" que pretenda reivindicar el dominio de un inmueble adquirido por herencia, que ni aun conoce, y que desde hace 60 años o más es trabajado por una familia que lo ha ido transmitiendo de padres a hijos, pero que no tienen título? No sería absurdo y aberrante concluir con el inciso segundo del artículo 789 del C. C.? Estas consideraciones fueron indudablemente las que inspiraron a la H. Corte de Chile para absolver a una familia de pescadores que fue demandada por el propietario de una gran extensión territorial comprendida por límites arcifinios dentro de los cuales estaba la parcela que desde tiempos inmemoriales cultivaban los pescadores (ejemplo citado por el profesor Urrutia).

Nuestras conclusiones ya están dichas; no existe contradicción sino injusticia. Una reforma al C. C. podría volver a nuestro derecho positivo por los fueros de la justicia y salvar a los trabajadores de la iniquidad que con ellos se comete al sentar principios absolutos que favorecen a los inactivos en perjuicio de los verdaderos creadores de la riqueza nacional. Adicionar el artículo 789 del C. C. en el sentido de que se declare expresamente que contra el que ha poseído por espacio de 20 años sin incurrir en alguna de las causales de interrupción señaladas en el artículo 2523 del C. C., no se podrá alegar derecho alguno que se derive de la posesión inscrita, y reformar el artículo 2526 en el sentido de permitir que contra un título inscrito tiene lugar la prescripción extraordinaria, sería la única solución justa que pueda darse a este problema.

El artículo 2 de la ley 120 de 1928 no resuelve el problema que estudiamos. Apenas indica el procedimiento que debe seguirse para obtener la declaración de pertenencia, pero el poseedor inscrito siempre podrá oponerse a que se haga por la autoridad esa declaración puesto que según lo dispuesto en los artículos 789 y 2526, la prescripción adquisitiva no tiene lugar contra un título inscrito. Más eficaces resultan las presunciones establecidas por la ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras para amparar los derechos de los colonos.

La sentencia pronunciada en el juicio ordinario que se sigue para obtener la declaración de pertenencia hace las veces de escritura pública de conformidad con los artículos 2534 del C. C. La sentencia que se pronuncie en este juicio no funda la excepción de cosa juzgada contra las personas que no intervinieron en él, ni vale contra terceros sino después de la competente inscripción en el libro primero (2 y 12. L. 120. 1928).

La acción que se establece para obtener la declaración de pertenencia es constitutiva de dominio y reúne los tres requisitos señalados por la Corte para que la acción prospere, a saber: "la existencia de una relación jurídica concreta; que los hechos aducidos sean adecuados para producir la modificación del estado jurídico existente; y, que haya una necesidad de tutela jurídica, esto es, que la constitución jurídica que se pretende no pueda obtenerse sino por medio de una sentencia". (Casación de 28 de agosto de 1936).

Aun cuando la sentencia proferida en este juicio no produce la excepción de cosa juzgada contra los que no intervinieron en él, la inscripción del título coloca en situación mejor al poseedor que puede oponer a quien alegue dominio sobre el inmueble basado en un título anterior, la prescripción ordinaria que empieza a correr desde la inscripción de la sentencia (2526 y 2534 C. C.)

**POSESION ORDINARIA.**—“Es posesión ordinaria la que no pertenece a ninguna de las clases anteriores”, define el artículo 296 del Código de Minas. Esta definición, además de su vaguedad, es también inexacta. El poseedor ordinario puede ser a la vez violento o clandestino, no obstante lo dispuesto en los artículos 305 y 311 del C. de M. Ya dijimos que en la legislación minera sólo existe en realidad dos clases de posesiones; la regular y la ordinaria. La posesión viciosa debe considerarse como una modalidad de las anteriores, al menos teóricamente, sin embargo de que las consecuencias que se deriven sean distintas.

El código de minas no establece, de manera expresa, una subdivisión de la posesión ordinaria, pero los art. 304 y 305 hablan de la posesión ordinaria considerada desde dos puntos de vista distintos. Según el artículo 304, la posesión ordinaria se adquiere desde que se dé el aviso de que tratan los artículos 80., 79, 346 y 367; según el artículo 305, se adquiere también la posesión ordinaria por el hecho de ocupar la mina sin violencia ni clandestinidad, pero si se emplea la fuerza o se oculta la posesión, sin haber dado ningún aviso ni tener derecho alguno, también se adquiere posesión ordinaria de acuerdo con la idea que hemos expuesto, a pesar de lo dispuesto en el artículo siguiente.

En el curso de esta monografía hemos llamado **especial** a la posesión que se adquiere por el aviso de la mina porque esta ocupación es realmente un hecho jurídico que da al que la obtiene un derecho preferente a la adjudicación de la mina que puede hacer valer mientras no incurra en alguna o algunas de las causales de abandono señaladas en el artículo 118, contra todo el que en virtud de un aviso posterior pretenda para sí o para su mandante la adjudicación de la mina u oponga resistencia fundado en la simple ocupación material de ella. Hemos designado con el nombre de posesión ordinaria **común** a la que se ejerce ocupando la mina sin adelantar gestión alguna para obtener su adjudicación. Este poseedor que se-

gún el C. C. puede obtener la propiedad de la cosa de que se apodera. en el derecho minero no se le reconoce privilegio ninguno: basta que otro denuncie la mina para que sea obligado a abandonarla; solamente cuando es expulsado violentamente de la posesión sin intervención de la autoridad, puede ejercitar la acción por despojo para que se le dé la posesión mientras se discute su derecho. (331).

Será también poseedor ordinario común todo el que pierda, según la ley, la posesión regular o la mera expectativa de derecho sobre la mina (310). Así, el poseedor regular cuyo título sea declarado nulo por la autoridad competente, será considerado en adelante como un simple ocupante de la mina mientras no adquiera nuevamente el derecho preferente a la adjudicación en virtud del aviso. Si la nulidad del título es subsanable, su posesión continuará siendo regular si obtiene la revalidación o enmienda de su título.

El código de Minas emplea en el capítulo VIII la palabra subsanable con notoria impropiedad. No es subsanable la nulidad de un título cuando el propietario pierde la posesión regular de la mina y por consiguiente el dominio, en virtud de la sentencia, y para recuperar sus derechos sea necesario dar un nuevo aviso.

## CAPITULO IV

### ACCIONES POSESORIAS

**ACCION Y EXCEPCION.**— Por acción entendemos la facultad que la ley otorga al titular de un derecho violado, o al simple poseedor de un bien que ha sido privado de la posesión o perturbado en su ejercicio, o al que en virtud del contrato o de la ley tiene derecho a exigir de otro una prestación cualquiera, para acudir ante las autoridades en demanda de protección. Una cosa es el ejercicio de una acción y otra el derecho a ejercitarla. Solamente el que tiene el derecho al ejercicio de la acción y lo comprueba en el juicio, obtiene que la litis se desate en su favor por sentencia definitiva. La acción debe estar en todo caso consagrada por las disposiciones sustantivas..

La excepción, define Escriche, citado por Anibal M. Osorio, es la exclusión de la acción, esto es, la contradicción o repulsa con

que el demandado procura diferir o enervar la pretensión o demanda del actor. En su acepción genérica, se entiende por excepción cualquier medio de defensa que emplee el demandado para excluir la acción del demandante. (Manresa y Navarro, citados por Osorio).

Las excepciones se dividen en *dilatorias* y *perentorias* (art. 328 C. J.). Las primeras dicen relación a la manera como se ejercita la acción; su objeto es suspender el juicio o mejorarlo y su razón jurídica es el derecho que asiste al demandado de que se le demande según los principios normativos de la ley procedimental. Las perentorias constituyen el derecho de legítima defensa de la parte demandada que se cree lesionada en sus intereses por la acción injusta de otros: si prospera, generalmente decide el fondo de la controversia como en la excepción de solución o pago efectivo, o bien se refiere a una cuestión de forma y entonces no constituirá cosa juzgada como en la de petición de modo indebido. Las excepciones de transacción y de cosa juzgada pueden proponerse también como dilatorias (art. 341 C. J.)

La acción debe tener además, causa y efecto. Desde el punto de vista de la filosofía especulativa causa "es todo lo que influye en la existencia o modificación de un ser"; desde un punto de vista legal, causa de la acción será el desconocimiento o la violación de un derecho que lo es en realidad o que por el momento se presume como tal.

El C. C. colombiano divide las acciones en reales y personales, muebles e inmuebles, principales y accesorias, petitorias y posesorias. Acción real es la que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona como la de dominio, y personal, la que sólo se puede ejercitar contra determinado sujeto como la que corresponde al acreedor para que su deudor le pague una suma determinada de dinero; acción mueble es la que recae sobre un objeto de esta naturaleza e inmueble en el caso contrario (finca raíz); principal es la que puede prosperar independientemente y accesoria la que sólo puede existir en virtud de otra; petitoria es la que se refiere al dominio y posesoria la que se ejercita para amparar la ocupación de un bien raíz, considerada independientemente de la idea de propiedad.

ACCIONES POSESORIAS.— El sistema general de posesión

adoptado por el C. de M. tiene su origen en los principios fundamentales que informan la legislación civil (sistema francés). Las disposiciones, civiles, a su vez, demuestran su clara descendencia, más o menos remota, del derecho romano.

Ya en el derecho antiguo encontramos dos acciones o interdictos establecidos en beneficio del poseedor para obtener el amparo del poder público, contra los ataques injustos de terceros. La posesión se concebía entonces como hoy, esto es, como un hecho jurídico según la expresión de la H. Corte Suprema, que consiste en el apoderamiento de una cosa con ánimo de hacerse dueño de ella. Esta actitud del hombre debía ser protegida por la ley porque la posesión material es fuente de importantes consecuencias jurídicas como que es un acto que genera dominio y constituye la apariencia más perfecta del derecho de propiedad sobre las cosas.

Los romanos distinguieron estas dos acciones con los nombres de interdictos *retinendae-possesiones* e interdicto *recuperandae-possesiones*. El objeto de la primera era amparar al poseedor en el goce de las cosas que estaban bajo su poder inmediato y librarle del embarazo o perturbación de extraños. El interdicto *retinendae-possesiones* recibía el nombre de **uti possidetis** cuando se trataba de la posesión de bienes raíces y de interdicto de **utri** si se ejercitaba para amparar la posesión de bienes muebles.

El interdicto *recuperandae-possesiones* de los romanos se dividía también en interdicto de **ví** y de **precaria**. El primero correspondía ejercitarlo al ocupante que había sido despojado violentamente de la posesión y se dirigía contra el poseedor vicioso; el segundo se instituyó en favor de quien había dado la cosa para que le fuera restituída a su voluntad, mediante un título no traslativo de dominio.

La definición de acciones posesorias que da el artículo 972 del C. C. es en términos generales, la misma del art. 320 del C. de M. y ambas se apartan del concepto de los romanos al extender el ejercicio de la acción para defender los derechos reales sobre los cuales nuestra legislación admite posesión (artículo 776 C. C.), y también en cuanto restringe su alcance al no conceder la acción posesoria para conservar o recuperar la posesión de bienes muebles.

---

La legislación minera establece las mismas acciones que el de-

recho civil. Estas pueden ser generales o especiales. Las acciones generales son tres: a). La que se concede al poseedor para impedir todo acto de molestia o embarazo en el goce tranquilo de la mina; b). La que se concede al poseedor regular de una mina para hacer efectiva la posesión material a que tiene derecho en virtud del título y del pago del impuesto anual; y, c). La de despojo que se concede a todo el que ha sido violentamente despojado de la posesión y aun de la mera tenencia. (Las acciones especiales son: denuncia de obra nueva y denuncia de obra vieja.

**ACCIONES POSESORIAS GENERALES.**— En el derecho español existían tres acciones o interdictos posesorios según se trataba de adquirir, conservar o restituir la posesión de las cosas. Nuestro derecho civil sólo conservó las dos últimas, pero en el código de minas se instituyó de manera expresa el interdicto para hacer efectiva la posesión, es decir, para adquirirla materialmente según la expresión del derecho español. La acción para recuperar la posesión (art. 972 C. C.) comprende en realidad la de despojo: si la posesión se pierde de una manera pacífica la acción conserva su nombre propio y sólo recibe el nombre de despojo cuando el ocupante ha sido privado de la posesión por medio de la violencia. La diferencia entre la acción para recuperar la posesión y la de despojo se establece en relación con la capacidad para su ejercicio, el tiempo necesario de posesión para ejercitarla y el lapso de prescripción. En efecto, la acción para recuperar la posesión sólo puede ejercitarla el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo (art. 794 C. C.); siempre que haya poseído a nombre propio y que instaure la acción antes de un año completo contado desde que el poseedor la perdió, a menos que la nueva posesión sea viciosa o clandestina porque entonces la prescripción de la acción empezará a correr desde el último acto de violencia o desde que haya cesado la clandestinidad (arts. 974 y 976 C. C.).

En cambio, el artículo 984 concede la acción de despojo a todo el que haya sido privado de la posesión de la cosa por la violencia así sea poseedor o mero tenedor de ella, sin consideración del tiempo durante el cual el inmueble estuvo bajo su poder, y sin que para ésto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho

prescribe en seis meses". (984).

**ACCION PARA HACER EFECTIVA LA POSESION.** — El objeto de las acciones posesorias dice el artículo 320, es hacer efectiva o conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituidos en su favor.

Ya observamos que el C. de M. emplea la expresión "hacer efectiva la posesión" en lugar de la palabra "recuperar". La razón jurídica de esta diferencia resulta bien clara cuando se considera que según el C. C., para ejercitar esta acción, no basta ser dueño de la cosa: es necesario probar que se ha poseído materialmente y que se intenta la acción en tiempo hábil, no obstante la presunción establecida en los artículos 789 y 980 del C. C. que se refieren a la posesión inscrita. No así en las disposiciones del C. de M. en las cuales no se contrapone el concepto de la posesión inscrita a la noción de posesión material; no hay lugar a ambigüedad; la presunción del inciso 2o. del artículo 289 del C. de M. es absoluta (antes de la vigencia del Decreto 223): en las minas, para el efecto de constituir y conservar la posesión, el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina. Poseer era pagar el impuesto anual, no ocupar la mina. De consiguiente quien tiene título de adjudicación y ha pagado puntualmente los impuestos, posee materialmente la mina. Lógico es suponer que la acción que le compete no tiene por objeto recuperar la posesión, porque si para demandar es necesario demostrar que es actual poseedor (pago del impuesto anual), resultaría ilógico suponer que trata de recuperar la posesión que no ha perdido. En síntesis, recuperar la posesión es un derecho que nace del hecho de la ocupación material considerada independientemente de la idea de dominio; hacer efectiva la posesión es una consecuencia lógica del derecho de propiedad sobre la mina, es su complemento; quien por presunción legal, antes de derecho, es tenedor de la mina, tiene derecho a ejecutar actos posesorios, a hacer efectiva esa presunción que obra en su favor en virtud del pago del impuesto anual.

La acción para hacer efectiva la posesión puede intentarse solamente por los poseedores regulares contra los que han adquirido sobre su mina posesión ordinaria, violenta o clandestina (art. 323 C de M.). El derecho del poseedor regular es siempre preferible al de todo otro poseedor, agrega el artículo 324, que más bien que

un nuevo artículo debería ser un inciso del anterior.

Sin embargo de la precisión de los términos empleados por el legislador en los dos artículos anteriores, la acción para hacer efectiva la posesión puede dirigirse también contra otro poseedor regular. Es que en la legislación de minas se prevé el caso de que sobre una misma propiedad se ejecuten simultáneamente varias posesiones regulares debido a que es posible que el Estado adjudique una misma mina en más de una vez, y que todos los adjudicatarios paguen independientemente los impuestos. Entonces resulta el absurdo de admitir la coexistencia de varios tenedores materiales de una misma mina que no tienen comunidad entre sí. La prueba producida por uno de los poseedores regulares de que el título que presenta es más antiguo y que desde que se expidió ha conservado la posesión por el pago del impuesto, confirma en su favor la presunción del artículo 289, inciso 2o., y en consecuencia la destruye en contra de los demás poseedores regulares (Decreto 223). Pero siempre habrá varios poseedores regulares de la mina, lo que repugna es que se admita, siquiera idealmente, la existencia de varios tenedores que ejerzan posesión material a un tiempo mismo, independientes entre sí, y sobre una misma propiedad, como se concebía antes del Decreto tantas veces citado. (v. 418 C. de M.).

Consecuencia de la presunción a que acabamos de referirnos y del principio de que respecto de las minas no existe la prescripción adquisitiva de dominio, la acción para hacer efectiva la posesión, no prescribe mientras se conserve la posesión regular de la mina (art. 326).

**ACCION PARA CONSERVAR LA POSESION.**—El artículo 328 confiere al poseedor el derecho de pedir que no se le perturbe o embarace el goce de su posesión, o que se le despoje de ella, y que se le den seguridades contra el que fundadamente tema. Tiene derecho de pedir además, la indemnización de perjuicios por el daño que haya sufrido a consecuencia de la acción perturbadora de terceros.

Respecto de la indemnización de perjuicios, nos adelantamos a decir que ella no es, no puede ser objeto de acción posesoria, sino su consecuencia y debe reclamarse la indemnización mediante los trámites de un juicio ordinario. Queremos advertir además que en este particular el C. de M. falta a la técnica. Los artículos 2341,

2342 y siguientes del C. C., aplicados a toda clase de delitos o culpas, reglamentan íntegramente la materia, lo que equivale a decir que esta facultad está de sobra en el precepto legal que comentamos.

“Tres derechos puede hacer valer el poseedor de una mina de conformidad con esta disposición. 1o. Pedir que no se le turbe o embarace su posesión, es decir, que si alguien le dificulta en el goce pleno y pacífico de su derecho ejecutando actos que le causen molestia, puede recurrir a la justicia para que ella, protegiéndole, ordene que cese la molestia o embarazo que le infiere. 2o. Que se le indemnice del daño sufrido como consecuencia de la acción de extraños. 3o.—Que se le de seguridad contra el que fundadamente teme; esto es, que se ordene al perturbador abstenerse de ejecutar los hechos en que consiste el embarazo” (Acciones posesorias de minas, monografía de Francisco Ruiz Luján).

La acción para conservar la posesión puede ejercerla cualquier poseedor, no obstante lo dispuesto en el artículo 321. A primera vista parece que el citado artículo 321 tiene un carácter general al consagrar la acción posesoria en beneficio de los que tengan título y justifiquen el pago del impuesto en el año anterior, pero no es así. Este artículo sólo se refiere a la acción para hacer efectiva la posesión; así debe entenderse si se estudia en relación con los artículos 328, 331, 333 y 335 del mismo código. En lugar de ser una regla general es una simple excepción.

El artículo 329 hace extensiva esta acción al usufructuario de la mina, en cuanto vayan dirigidas a conservar el goce de su derecho, aun contra el propietario mismo. Las sentencias obtenidas contra el usufructuario obligan al propietario a menos si se tratare del dominio de la mina o de derechos anexos a él: en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio. El propietario es obligado a auxiliarlo contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto (artículos 329 y 330).

Los demás tenedores de la mina, como el arrendatario por ejemplo, hábiles para ejercitar la acción de despojo, no lo son para proponer las acciones y excepciones posesorias: la persona en cuyo nombre posean la mina es la única hábil para defender los derechos del tenedor y la integridad de la propiedad de la mina.

Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión de

las minas prescriben al año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella (artículo 327). Este es también el término que fija el artículo 976 del C. C.

**ACCION POR DESPOJO.**—Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la tenencia, tendrá derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, sin que para eso necesite probar más que el despojo, y sin que se pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses (artículo 331).

La acción por despojo puede ejercitarla toda clase de poseedor, aun el simple ocupante de la mina como poseedor ordinario común o mero tenedor. Su objeto es restablecer el orden perturbado por la acción particular o por la justicia, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda imputarse a los autores intelectuales y materiales del atropello. Restablecidas las cosas al estado anterior pueden ejercitarse por una y otra parte las acciones y excepciones que les competan para hacer valer sus derechos.

En el juicio posesorio que se instaure con base en esta acción no sólo no se discute dominio sino que tampoco se tiene en cuenta la calidad de poseedor del actor: el mero tenedor de la mina es hábil para ejercer la acción; de ahí que tenga fundamento el reparo que se ha hecho al código en esta parte por falta de técnica al establecer como posesoria una acción que tiene propiamente hablando un carácter de sanción civil, sin perjuicio de que se castigue a los responsables de conformidad con la ley penal.

Para que la acción por despojo proceda es necesario que el que la intenta alegue una de estas tres circunstancias, por lo menos: a). Que fue privado de la tenencia de la mina por medio de la violencia (art. 331); b). Que siendo actualmente dueño de la mina fue repelido por la fuerza por un poseedor que en su ausencia se apoderó de ella; y, c). Que fue privado de la tenencia o posesión de la mina por orden de la autoridad y sin previo juicio. (293 y 439).

## CAPITULO V

### ACCIONES ESPECIALES

La acción posesoria para conservar la posesión que someramente hemos estudiado constituye un medio que la ley ofrece al poseedor para defender el goce de la mina contra la acción de extraños. Es necesario que la perturbación se cause dentro de los límites de su propiedad. En cambio, las acciones especiales tienen por objeto proteger al poseedor para que no sea perturbado en su posesión por la manera como otro quiera ejercitar su derecho en el predio de que está en posesión: las acciones especiales constituyen una limitación al ejercicio del derecho de dominio cuando con ello pueda perjudicarse intereses extraños.

**DENUNCIO DE OBRA NUEVA.**— Son obras nuevas denunciabiles, las que construídas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituída en él a favor de una mina, dice el art. 334.

El que tiene el derecho a usar de una servidumbre, tiene lógicamente la facultad de prohibir a los dueños de los predios sirvientes que construyan obras que dificulten el goce de la servidumbre, pues de lo contrario, sería tan relativo su derecho que podría verse privado del beneficio de esa servidumbre porque otro, con el pretexto de ejercitar su derecho construye en la heredad sirviente obras que impidan el ejercicio de la servidumbre: el que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios indispensables para su ejercicio.

El art. 334 está redactado en términos absolutos. Estudiado aisladamente deja la impresión de que no hay otras obras nuevas denunciabiles fuera de las construídas en un predio sirviente para perturbar o impedir el ejercicio de una servidumbre. Esta tesis, absurda desde luego, ha sido sostenida por algunos abogados.

Sin embargo, el art. 333, concede también esta acción posesoria especial al poseedor regular de una mina y al descubridor o restaurador que no hubiere perdido sus derechos, para oponerse a que se construya toda obra nueva que pueda dificultar o impedir el laboreo de la mina.

Es hábil para ejercitar la acción posesoria el poseedor regular

y el poseedor ordinario especial. La ley excluye de este beneficio al simple ocupante de la mina, o sea al poseedor ordinario común, porque en la legislación minera no se conoce derecho de adquirir la propiedad de las minas denunciables sino mediante la adjudicación. Es claro que quien la ocupa materialmente y no la avisa no puede obtener derecho alguno ni la simple preferencia a la adjudicación, por cuanto no ha manifestado por medio del aviso dado ante el Alcalde Municipal respectivo su voluntad de adquirir la propiedad y posesión de la mina.

La simple ocupación de la mina no genera otro derecho que el de instaurar acción posesoria por despojo, esto es, el derecho de que no sea expulsado de la mina por medio de la violencia sin que preceda orden de autoridad competente y previo los trámites legales. Ya dijimos anteriormente que en la acción por despojo no se discute el derecho a la posesión de la mina sino el hecho de haber sido realmente privado de la ocupación por medios ilegales.

Tampoco se concede esta acción al mero tenedor de la mina, porque este no es propietario ni poseedor. Poseer a nombre ajeno es una expresión incorrecta: se posee siempre a nombre propio; bien ocupando la mina personalmente o por medio de otras personas que la explotan reconociéndole dominio y posesión de ella. El dueño de la mina es obligado a auxiliar al tenedor para librarlo de toda turbación o molestia, siendo requerido al efecto (Art. 329). En la legislación de minas es más lógica esta conclusión si se considera que el adjudicatario que paga los impuestos es poseedor regular y tenedor material de la mina, en cambio, según el C. C., el tenedor puede ser considerado dueño por el hecho de poseer siempre que no revele a nombre de quién tiene la cosa y que otro no justifique derecho alguno sobre ella.

La facultad que este artículo concede es bastante amplia. Sin embargo, de ella debe usarse discrecionalmente. [La turbación que pueda causar la obra nueva debe estimarse en relación con la explotación que se esté haciendo de la mina en la época en que empieza la nueva construcción y cuando más, de acuerdo con los proyectos de laboreo que tengan un principio de realización. El minero no puede oponerse a la construcción de una obra alegando que en un futuro más o menos remoto podrá dificultar la explotación en grande escala de la mina, por ejemplo.

Para que la acción prospere, el interesado en oponerse debe demostrar que la explotación actual de la mina sufre perjuicios o trastornos teniendo en cuenta los planos y condiciones de la nueva obra, de lo contrario, sería someter el derecho ajeno a una apreciación arbitraria de los mineros, basada en sus propias conveniencias y sin considerar las que puedan tener los otros. No sobra advertir que estas apreciaciones son objeto de opinión pericial.

La acción que se consagra en el primer inciso del artículo 333 tiene dos limitaciones que se exponen en los incisos segundo y tercero del mismo: a). No tienen derecho a denunciar como obras nuevas que puedan dificultar su laboreo las que tienen por objeto precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente; y, b) tampoco podrán entorpecer los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza de los caminos, acequias, cañerías, etc.

Dos razones encontramos para justificar estas excepciones: el carácter de transitorio que tienen las obras construídas para la reparación de un edificio o para la limpieza de una cañería, por ejemplo; y el derecho que tiene el dueño de una cosa para mantenerla en estado de poder servirse de ella. Con todo, dice la disposición citada, se reducirán a lo estrictamente necesario en lo que puedan incomodar al minero y una vez terminada la reparación, se restituirán las cosas al estado anterior, a costa del interesado.

La acción especial para denunciar una obra nueva prescribe si no se instaurare dentro del año y los demandados o querellados serán amparados en su posesión interina (340).

El doctor Fernando Vélez opina con bastante fundamento que la prescripción de esta acción empieza a correr desde que la obra quede terminada. No sería absurdo sostener, con base en la letra del artículo 333, que la prescripción extintiva de esta acción se contará desde que se empieza a construir la obra. Creemos que el término fijado para una prescripción adquisitiva o extintiva, debe contarse, en el primer caso, desde el primer acto de apoderamiento con ánimo de dueño, y en el segundo, desde el momento en que se tenga la facultad de ejercitar la acción. La jurisprudencia ha aceptado la interpretación dada por el doctor Fernando Vélez.

**DENUNCIO DE OBRA VIEJA.**—El C. de M., al tratar de esta acción, copia del Código civil, como en la anterior, los principios que la informan. Hasta mejor podríamos decir que copia las

disposiciones con las variaciones necesarias en consideración a la naturaleza de la propiedad o posesión que reglamenta.

Esta acción procede cuando ocurra uno de estos casos: a) que se tema que la ruina de un edificio vecino pueda causar perjuicio a su mina; y, b) que se tema fundadamente la ruina de cualquiera otra obra, o de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria frecuencia.

El minero puede solicitar que se destruya el edificio o la obra si está en tan mal estado que no admita reparación o que se repare a costa del dueño. Si el dueño no quisiere o no pudiere hacer la reparación se hará por el minero o por otro a costa del dueño de la obra, pero conservando en cuanto fuere posible, las dimensiones y forma del antiguo edificio: las alteraciones se ajustarán a la voluntad del dueño en cuanto fueren compatibles con el objeto de la querrela.

Se deberá la indemnización si notificada la querrela cayere el edificio o la obra por efecto de su mala construcción, salvo que se derribe por caso fortuito, a menos que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado. Para que se deba la indemnización es necesario que se hubiere notificado la querrela.

Esta acción, como la anterior, está consagrada en favor del dueño, y del descubridor o restaurador de una mina mientras conserven su derecho preferente a la adjudicación (337).

Las acciones dirigidas a precaver un daño, dice el inciso 2o. del artículo 240, no prescriben mientras haya justo motivo de temerle. Esta disposición es tan justa y racional que sobre ella huelga todo comentario.

De las acciones especiales que acabamos de estudiar es más importante, desde el punto de vista práctico, la primera, al contrario de lo que sucede con las acciones posesorias especiales que reglamenta el código civil (arts. 335 al 340 C. de M.)

DISPOSICIONES COMUNES.—[Los arts. 322, 329, 339 y 340 del C. de M. contienen disposiciones comunes a todas o algunas de las acciones posesorias. Para finalizar este capítulo haremos algunos breves comentarios sobre estos artículos.

"Art. 322. El heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese". Este artículo reproduce textualmente el artículo 975 del C. C.

Esta disposición, justa y equitativa, confiere al heredero la facultad de representar a su autor. No es necesario que haya recibido la herencia, le basta acreditar su calidad de heredero con la providencia del juzgado que conozca del juicio de sucesión, para que pueda instaurar la acción posesoria para la sucesión ilíquida; si se trata de responder a la acción de otro deben comparecer los herederos reconocidos o uno que tenga poder de sus coherederos.

El fundamento jurídico de esta facultad que la ley otorga a los herederos se encuentra en que éstos son los representantes de la persona difunta para sucederle en todos sus bienes y obligaciones transmisibles (art. 1155 del C. C.).

“Art. 329.—El usufructuario es hábil para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias, dirigidas a conservar el goce de sus respectivos derechos, aun contra el propietario mismo.”

De conformidad con esta disposición, el usufructuario es capaz de ejercer todas las acciones posesorias que tengan por objeto conservar la posesión de la mina que usufructúa, aún contra el propietario mismo. De esta definición sólo queda excluida la acción para hacer efectiva la posesión que la ley reserva únicamente para el poseedor regular (321). Pero la disposición no tiene tanta claridad para sacar tan fácilmente estas conclusiones. Siguiendo el tenor literal de los artículos 333 y 337 llegan algunos a la conclusión de que el usufructuario, si tiene necesidad de establecer una acción especial para librarse del embarazo o perturbación causada por obras que están fuera de los límites de la mina que elabora, tiene que recurrir al propietario de conformidad con la parte final del artículo 329 para que instaure la acción y haga respetar su derecho de usufructo.

Pero no es esta la interpretación jurídica del artículo. Las acciones posesorias tienen dos objetos: hacer efectiva y conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituídos en su favor. La primera acción solo pueden ejercitarla los poseedores regulares; la segunda corresponde hacerla valer a todo poseedor. Las acciones posesorias especiales como la acción general de que trata el art. 328, tienen por objeto conservar la posesión. La diferencia consiste en que aquella se refiere a los actos de perturbación ejecutados en la mina de que está en posesión al paso que las generales confieren el derecho de oponerse a toda turbación o molestia que se oca-

siona al laboreo de la mina, por causa de las obras edificadas o que se pretenda edificar en otros predios.

De lo contrario llegaríamos a aceptar el absurdo de que el usufructuario puede obtener protección contra el dueño que ejecuta actos de perturbación en la mina pero no podría impedir que por la construcción de una obra, por ejemplo, le dificulte el laboreo de la mina, si ésta se construye en un predio vecino.

Los únicos poseedores que no pueden intentar estas acciones son los poseedores ordinarios comunes. Tanto el art. 333 como el 337 los excluyen al hablar solamente del descubridor o restaurador de la mina que no hubiere perdido sus derechos.

El art. 338 es una disposición común para las acciones especiales: si la turbación o el peligro que se trata de evitar proviene de una obra (o un árbol, etc.) que pertenece a varios podrá intentarse la acción contra todos o contra uno de ellos; si la propiedad perjudicada perteneciere a varios en común podrá establecer la acción cualquiera de los condueños o todos de común acuerdo. La indemnización por daños y perjuicios se repartirá entre todos los demandados por igual, sin perjuicio de que ellos entre sí se la dividan a prorrata de sus respectivos derechos; los demandantes sólo podrán pedir la indemnización por los daños que cada uno hubiere sufrido; si demanda uno solo de los comuneros por el total de la obligación, deberá acreditar su personería relativa a los otros.

El art. 340 establece las prescripciones extintivas de las acciones. La acción para hacer efectiva la posesión no prescribe mientras se conserve la posesión regular de la mina; tampoco prescribe la acción dirigida a precaver un daño mientras haya justo motivo de temerlo; la acción por despojo prescribe en seis meses; y, las demás acciones prescriben al año completo (arts 326, 331 y 340 del C. de M.).

Medellín, marzo 31 de 1939.

## DE COMO EN EL CASO DEL ARTICULO 437 DEL CODIGO DE MINAS, EL JUEZ DE CIRCUITO, PUEDE REVOCAR UNA PROVIDENCIA, AUNQUE ESTA SEA PROFERIDA POR EL TRIBUNAL SUPE- RIOR

En el Juzado Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos, cuando estuvo servido por el muy competente jurista doctor Julio Muñoz S., se pidió se decretase el despojo violento de una mina ubicada en el Municipio de Gómez Plata. El Juzgado negó la solicitud. Apeló la parte interesada y el Tribunal revocó la providencia del inferior y dispuso que por el Juzgado se tomaran las medidas del caso, a fin de que la mina fuese entregada. Ejecutada la entrega, el doctor Pedro Justo Berrío G., suplicó al Juzgado la revocatoria de la providencia del Tribunal. E igualmente, y como el caso era dudoso hizo idéntica solicitud al Tribunal. El Juzgado atendiendo a la solicitud del doctor Berrío G. revisó la providencia del Tribunal y la revocó. La parte agraviada apeló, pero el Superior aceptó todas las tesis del Juzgado y confirmó el auto.

Los arcos torales sobre los cuales fundamentó el doctor Berrío González su magnífico alegato, fueron las siguientes disposiciones:  
"La providencia que se dicte según lo dispuesto en el artículo precedente no es apelable, sino en el efecto devolutivo, pero puede

pedirse revocatoria dentro de los tres días, después de la restitución, y si se obtuviere ésta, volverán las cosas al estado que tenían antes y no se concederá apelación al que promovió la acción sino en el efecto devolutivo". (Art. 437 del Código de Minas).

Es doctrina de la Corte Suprema, que aparece publicada en la Gaceta Judicial, tomo número 29, y que dice: "La sentencia que se dicte en un juicio posesorio de minas está sujeta a recurso de revocación aunque sea dictada por la Corte Suprema en segunda instancia, siempre que la parte a quien perjudica la restitución ordenada en el fallo haga valer el recurso en los términos en que lo autoriza el artículo 437 del Código de Minas".

Fue el suscrito quien como sucesor del doctor Muñoz, ejecutó la providencia del Tribunal. Luégo revocó el auto del Tribunal Superior de Medellín en donde actuó como Magistrado ponente el doctor Belisario Agudelo.

Ante todo precisa comentar las interpretaciones, dadas por el Tribunal Superior de Medellín, al término "sentencia" y sentadas en el juicio posesorio de la Exploradora del Nechí, contra NECHY VALLEY GOLD MINING COMPANY LIMITED. (Crónica judicial No. 269, de febrero de 1939, página 1.808 y siguientes).

El Código de Minas fue expedido para el Estado Soberano de Antioquia, en el año de 1867. En este entonces, regía en el País el Código de Enjuiciamiento Civil Español, que equiparaba los términos **auto** y **sentencia**. Esos términos se continuaron confundiendo tanto en el Código Judicial abrogado en 1931, como en la práctica judicial y en el lenguaje de Tribunales y Juzgados. Luégo no era error de técnica jurídica el empleo indistinto de tales términos ya que la Ley los equiparaba. En ese entonces se expidió nuestro Código de Minas vigente.

Pero hoy, bajo el imperio de la Ley 105 de 1931, afirmar que un auto en materia de minas es sentencia, o a la inversa, es un gravísimo error de técnica, por las siguientes razones:

Porque, según el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil vigente, las resoluciones de carácter judicial se denominan **autos** y **sentencias**, y se clasifican así:

"Primero: **sentencias**, si deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recursos extraordinarios".

"Segundo: **autos interlocutorios**, si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a pruebas, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas; y

"Tercero: **autos de sustanciación**, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la Ley establece para dar curso progresivo a la actuación, dentro o fuera del juicio".

Porque al término **sentencia**, le da el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua entre otros significados, el siguiente:

"**Sentencia**: Aquélla en que el Juez, concluido el proceso, resuelve finalmente sobre el asunto principal, condenando o absolviendo"  
En tanto que al término **auto** le da este significado: "El que dá el Juez mandando lo que debe ejecutarse en algún caso, sin perjuicio del derecho de las partes; disposición que sólo dura hasta la definitiva".

En consecuencia, fácilmente se puede concluir conque hoy por hoy, tales términos no se pueden equiparar, pues tanto la Ley como la terminología les dan significados diversos.

La primera providencia que se dicte en un juicio posesorio de minas, ora en el caso de despojo violento, ora en el caso de hacer efectiva la posesión de una mina, no es, ni puede ser sentencia por las siguientes razones: porque sus conclusiones son susceptibles de revocación, mediante la presentación de nuevas pruebas por la parte contraria; porque tal fenómeno jurídico no define del todo "la controversia que constituye la materia del juicio" y, finalmente, porque siendo sentencia, no podría ser reformada, ni mucho menos revocada por el mismo Juez o Tribunal que la profirió (Art. 482 del Código Judicial).

No es atendible dentro de la brevedad que caracteriza al juicio posesorio de minas tener analogías con el juicio ejecutivo, con el cual ha querido equipararlo el Tribunal Superior de Medellín; en el ejecutivo, por mandato expreso de la Ley, se pueden pronunciar hasta tres sentencias, a saber: la de excepciones, la de pregón y remate y la de graduación de créditos, pero es de advertir, que todas tres se relacionan entre sí, y tienen un mismo fin, cual es el de hacer pagar el crédito materia del recaudo ejecutivo; en tanto que en el juicio posesorio, todo allí es breve, no hay término probatorio, no

hay incidente; las providencias se fundamentan sobre pruebas sumarias, es decir, sin citación de parte contraria.

No es tampoco posible, considerar como lo afirma el Tribunal, "semejantes las secuelas de los juicios posesorios de minas", por la siguiente razón: porque el juicio posesorio para hacer efectiva la posesión de una mina, verbi gracia, tiene como fundamento hechos posesorios muy distintos del posesorio violento por despojo, en el primero pueden ser ambas partes poseedoras inscritas, y estar pagando puntualmente los derechos de estaca; luégo hay dos posesiones y debe decidirse por la posesión más antigua; no así el juicio por despojo violento donde no ha habido posesión, sino un ataque violento y relámpago contra la posesión de la ruina.

Además, los juicios ejecutivos, no tienen la más mínima semejanza con los juicios posesorios de minas, porque les falta la identidad entre sí, luego es imposible desde todo punto de vista la equiparación que ha pretendido el Tribunal; porque como bien lo ha expresado Geny, para que la analogía pueda concebirse son necesarias dos características, a saber: "semejanza de situaciones e identidad de razón jurídica". Y es de razón natural, que no es la misma razón jurídica, la del juicio ejecutivo, que la del juicio posesorio de minas.

Los juicios posesorios de minas son breves y sumarios. El doctor Román de Hoyos, el doctor Fructuoso Escobar y don Diego Ignacio Hernández, todos ya de grata memoria, se expresan así en la exposición de motivos del proyecto del Código de Minas para el Estado Soberano de Antioquia: "la explotación de una ruina" es un fenómeno económico *sui géneris*, que no se parece a ningún otro, ni tiene afinidad con ninguna otra actividad. El filón de una mina se va agotando en la medida que se explota. Cada semana, cada mes o cada año de explotación conduce inevitablemente al agotamiento del mineral. El tiempo desempeña en la explotación de la ruina un papel más trascendental que en cualquier otro campo. De aquí que los juicios posesorios del Código de Minas deban ser brevísimos para que cumplan su finalidad, pues atendiendo a la naturaleza misma de las cosas se apartan fundamentalmente del sistema adoptado por el Código de Procedimiento común; son sumarios, porque la providencia que haya de dictarse se fundamenta sobre pruebas sumarias, es decir sobre pruebas en las cuales la parte contraria no ha tenido ni la más leve intervención. No les pasa lo mismo a los juicios eje-

cutivos los cuales por naturaleza son especiales, pero en donde el tiempo no desempeña ningún papel de importancia y en donde en el recaudo ejecutivo y demás incidentes que se presenten en el curso del juicio, intervienen necesariamente, ejecutante y ejecutado con el fin de evitar que haya nulidad.

Para terminar este punto y como prueba contundente contra la tesis del Tribunal, se tiene que el Legislador minero en los juicios posesorios de minas no emplea ni una vez el término de **sentencia**, sino en el caso del artículo 430 del Código de la materia.

Con lo anterior queda demostrado que la primera providencia que se pronuncia en los juicios posesorios de minas no es **sentencia**, sino que es una providencia **sui géneris**.

---

Recibido por el Juzgado un expediente del Tribunal, el auto sacramental que precede en todos los casos es el de "obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Superior". Cumplido el fenómeno de la ejecutoria de este auto, le vuelve al inferior la jurisdicción que había perdido por la apelación en el efecto suspensivo, y puede seguir actuando nuevamente. De este negocio, no puede el Tribunal volver a conocer, sino para revisar una nueva providencia del Juzgado.

El Juzgado de Santa Rosa de Osos, ya con la jurisdicción completa en el juicio por despojo de la mina San Cayetano del Municipio de Gómez Plata, ordenó que por medio de la Alcaldía de dicho Municipio, mediante señalamiento de día y hora, se ejecutara la providencia del Tribunal, entregando la mina. Consumada la entrega volvió el negocio al Juzgado de su origen. Vino la solicitud de revocatoria de la providencia del Tribunal, durante el término indicado por el prementado artículo 437 del Código de la materia. ¿Podía el Juez inferior, sin usurpar jurisdicción, revisar una providencia del Superior? Sí, por las siguientes razones:

No siendo sentencia la primera providencia que se dicta en los juicios posesorios por despojo violento de una mina, es posible la revisión mediante el estudio de nuevas pruebas que presente el opositor.

Dentro del procedimiento común ordinario, ocurre frecuentemente la súplica a un Juez de Circuito, para que libre mandamiento de pago contra un individuo; el Juzgado considera que el recaudo presentado no presta mérito legal y se abstiene de librar el man-

damiento de pago solicitado. Apelan de esta providencia. Luego viene el Tribunal, y en su sabiduría, resuelve que si hay mérito para librar el mandamiento de pago solicitado y lo libra. Vuelve el negocio al Juzgado de su origen; antes de citar para sentencia de pregon y de remate, el ejecutado propone varias excepciones. El incidente de excepciones se tramita con arreglo a la Ley. Luego, el Juzgado declara probada varias excepciones propuestas. Qué hizo allí el Juzgado?

Entró a revisar una providencia del Superior jerárquico sin usurpar jurisdicción. Así, en los juicios posesorios de minas por despojo violento, la parte opositora con apoyo en el prenombrado artículo 437 excepcionó mediante pruebas sumarias y pudo enervar la prueba presentada por el actor, para establecer el despojo violento de la mina.

Parafraseando a mi más admirado expositor de Derecho, doctor Miguel Moreno Jaramillo, en uno de sus salvamentos de voto como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, "apenas habrá en la Legislación colombiana asuntos tan complejos" como los que atañen a las minas. Si he criticado al Tribunal, es para que el asunto se estudie mejor dada la magnitud del problema y las dudas que ofrece a los intérpretes de la Legislación de Minas.

Lo que sí dejo a salvo, en el auto que he criticado, es la irreprochable probidad moral e intelectual de los señores Magistrados que firmaron el auto materia de mis críticas, así como su nunca bien ponderada pericia.

Rionegro, 27 de abril de 1940.

## RECONOCIMIENTO DE LOS ESTADOS Y DE LOS GOBIERNOS EN DERECHO INTERNACIONAL

El estudio de este problema en el derecho internacional, comprende además del Reconocimiento de los Estados y de los gobiernos, el Reconocimiento de las nacionalidades, cuestión de enorme importancia y muy debatida actualmente; y como asunto de menos trascendencia se estudia el reconocimiento de las anexiones y segregaciones territoriales.

Estos son, apenas enunciados, los aspectos del Reconocimiento, de los cuales sólo trataré los dos que sirven de título a este estudio, es decir: el análisis del reconocimiento de un nuevo Estado desde un punto de vista jurídico, y procuraré investigar si es necesario y conveniente que la Comunidad Internacional otorgue el Reconocimiento a los cambios de gobierno ocurridos dentro de un Estado ya reconocido. En este último aspecto de la materia, la historia de la doctrina en América es sumamente interesante, por lo cual trataré brevemente su desarrollo.

Es indudable la importancia del papel desempeñado por el Reconocimiento en la historia del derecho internacional, tanto desde el punto de vista político como en el desarrollo de la doctrina jurídica. Así lo reconocen unánimemente los autores modernos, y algunos como el célebre internacionalista Lorimer le conceden tanta trascendencia que llegan a darle el título de "fundamento del derecho internacional".

Una mirada a la historia nos muestra que desgraciadamente las consideraciones políticas, basadas en el mero interés del Estado, han traído como consecuencia que muchas veces el Reconocimiento se aplique arbitrariamente, con gran menoscabo para la justicia internacional; y que tantos atropellos cometidos contra los derechos de los pueblos habrían podido evitarse resolviendo el problema con un sano criterio jurídico, basado en la norma fundamental de que un pueblo

forma un Estado, siempre que se encuentre organizado políticamente, y que en consecuencia tiene el derecho a ser considerado como miembro de la Sociedad Internacional.

Lo que sí podemos afirmar es que en este aspecto ha avanzado notablemente el Derecho Internacional y que el derecho positivo ha consagrado ya firmes conquistas; tesis es ésta confirmada por los hechos sucedidos en los últimos tiempos. Razones poderosas como las profundas transformaciones acaecidas últimamente, la facilidad y rapidez de las comunicaciones que hacen que una nación no pueda desentenderse de los cambios sufridos por otra, son razones que imponen en la práctica la necesidad de que cuando surge una nueva entidad política que reclama su condición de Estado, los Estados ya existentes deben fijar su posición delante de él y si cumple con los requisitos que el Derecho Internacional le exige, darle su Reconocimiento como Estado para establecer con él las relaciones de una manera normal.

Siendo continua la evolución de la humanidad y manifestándose la historia en constante dinamismo, la desaparición de antiguos Estados es un fenómeno natural, como que es un hecho creado por determinadas circunstancias históricas, y la aparición de otros nuevos que respondan a otras necesidades y que reclaman su puesto en la Comunidad Internacional, es algo de explicación común.

Qué debe entenderse por Reconocimiento?

Si buscamos el origen etimológico de la palabra Reconocimiento, vemos que su sentido está conforme con el uso que en lenguaje común se hace de él: acto por el cual se admite que determinada cualidad pertenece a una cosa o persona. En Derecho Internacional existen, como lo veremos más adelante, profundas diferencias en cuanto a la naturaleza y efectos jurídicos del Reconocimiento. Sin tratar de dar de él una definición podríamos decir que la teoría del Reconocimiento trata de solucionar toda situación de hecho que tenga relación con la existencia de un Estado o que afecte en algo su posición internacional. Si ésto es así, es problema que compete exclusivamente al Derecho Internacional y que debe regirse por normas distintas a las consideraciones del derecho privado. Toca a la teoría del Reconocimiento determinar cual es la forma en que un nuevo Estado entra a la Sociedad Internacional; si por el hecho de existir puede invocar derechos y tiene obligaciones para con los demás Estados, y cuáles son las normas de conducta que deben observarse cuando un pueblo cambie su forma de gobierno o su organización política interna.

## EL RECONOCIMIENTO ANTES DE LA PAZ DE WESTFALIA (1648)

El desarrollo del Reconocimiento es reciente y sólo desde la paz de Westfalia empieza su verdadera historia. Los antiguos no concebían que otro pueblo distinto al suyo tuviese el mismo derecho a conservarse y pudiese reclamar el ser reconocido como igual; el extranjero es siempre el enemigo y para un pueblo extraño no hay sino un estado de guerra perpetua. En este error incurrieron aún los pueblos más civilizados de la antigüedad: Grecia y Roma. Los griegos se consideraban como una raza superior y privilegiada, para quienes los demás pueblos eran inferiores y bárbaros; y entre los romanos, ni aún sus más grandes jurisconsultos pensaron que un pueblo pudiese estar en pie de igualdad jurídica con su patria; el pueblo romano no tenía iguales en el mundo.

Durante la edad media tampoco se acepta un Reconocimiento que iguale a todos los pueblos ante el derecho, y aunque existe ya cierta igualdad para las naciones cristianas, se rechaza que con los infieles pueda haber sociedad, que puedan reclamar derechos o contraer obligaciones. A pesar de que ya se nota en los primeros teóricos del derecho de gentes cierta preocupación por la Comunidad de las naciones, se desconocen en la práctica las normas elementales del Derecho internacional sobre este asunto. Grocio, quien primero trata extensamente y de una manera técnica el derecho de gentes, no discute el Reconocimiento ni lo aprecia debidamente, y sólo habla accidentalmente de él al tratar de las embajadas; según él los embajadores tienen derecho a la inmunidad debida a su rango, al "status diplomático"; por lo tanto se comprende que la recepción a un embajador equivale al reconocimiento de la independencia y soberanía de aquel Estado que le envía. Esta fue la doctrina que en materia de reconocimiento se aplicó generalmente antes de la paz de Westfalia. Pero este acontecimiento señala en la historia el advenimiento de una nueva época. Allí en la paz de Westfalia, aparece por primera vez el Reconocimiento de una manera normal, cuando las potencias de Europa le reconocen a Holanda la calidad de miembro de la Sociedad Internacional, después de la lucha que esta nación sostuvo contra España logrando su independencia. Comienza así la verdadera historia del Reconocimiento que tan importante papel ha desempeñado en el Derecho Internacional, de esa época para acá.

## EL RECONOCIMIENTO DESPUES DE LA PAZ DE WESTFALIA

El primer hecho que se nos presenta, es el reconocimiento del gobierno nuevo y revolucionario de Cronwell en Inglaterra por parte de Francia, España y otras potencias europeas, declarando estas naciones que lo admitían como jefe del país que gobernaba, en virtud de los hechos ya cumplidos. Pero un caso contrario lo vemos cuando Luis XVI reconoce y defiende por las armas a Jacobo III como rey de Inglaterra cuando en verdad no lo era, desencadenando una terrible guerra, y cometiendo una injusticia al querer imponer a los ingleses un rey que habían rechazado por inepto, y al cual ellos tenían derecho a no admitir o al menos, a juzgar el caso.

Hasta el siglo XVIII no aparecen hechos dignos de anotar ni tratadistas dignos de mención. Pero ya en la época correspondiente a este último siglo sobresale Vattel como un ilustre tratadista de Derecho Internacional; parece que este autor comprendiera la importancia del Reconocimiento, al considerar el tema lo trata con cierta extensión por sus ideas podríamos considerarlo como el precursor de la doctrina declarativa del reconocimiento, porque según sus propias palabras "para que una nación tenga el derecho de ingresar inmediatamente en la sociedad de los Estados basta que sea soberana e independiente, es decir que se gobierne a sí misma". Según este autor, para toda comunidad de hombres que se ha organizado debidamente, existe un derecho a ser reconocida y la sociedad internacional tiene el deber correlativo de admitirle como miembro suyo.

A fines del siglo XVIII y principios del XIX las colonias americanas empiezan la lucha por su independencia, y esto da ocasión para que se presenten numerosos hechos que ponen en juego y en discusión la teoría del Reconocimiento. Estados Unidos comienza su lucha contra Inglaterra y en 1778, poco después de iniciada la contienda, el gobierno francés de Luis XVI reconoce a estos Estados como nación independiente, por cuanto solemnemente había declarado su independencia logrando conservarla; Inglaterra interpreta esta actitud de Francia como hostil y le declara la guerra. Sin juzgar la oportunidad del reconocimiento hecho esta vez por Francia, la tesis sustentada era justa, porque como ella lo alegaba "estaba obligada a mirar esta independencia como existente, sin examinar su legalidad porque no sólo solemnemente sino de hecho, la había conservado a pesar de los es-

fuerzos de la madre patria". Esta opinión francesa es la misma que defendió Jefferson como doctrina aplicable a toda América.

En Europa tenemos por esta misma época otro caso de Reconocimiento: una vez proclamada la primera república francesa, y aun a pesar de la anormalidad creada en Europa por la revolución, Inglaterra acepta negociar con el embajador francés como agente oficioso de un gobierno de hecho. En el año de 1823 en que América se encuentra independizada y España ha perdido toda esperanza de recobrar sus colonias el Presidente Monroe de los Estados Unidos en su célebre mensaje al congreso, formula una nueva doctrina del Reconocimiento al establecer que los gobiernos de hecho serían considerados como los únicos legítimos en América. En 1820 la Santa Alianza había proclamado una doctrina contraria: el no Reconocimiento de los gobiernos de hecho y la intervención contra ellos, política que Metternich defendió ardientemente; esta doctrina extrema, fue practicada contra Nápoles, y contra otros países como España.

En 1825 Inglaterra por medio de Canning, entonces secretario de negocios extranjeros, envía una nota al gobierno español en que con argumentos vigorosos defiende el reconocimiento de los Estados americanos por su país, y la necesidad de reconocer hechos ya cumplidos, hechos q' imponen su aceptación. Que de hecho, las Colonias ejercían la autoridad y eran las únicas responsables ante la Sociedad de los Estados, y q' además, España se encontraba imposibilitada para responder de la conducta de países sobre los cuales no ejercía ninguna autoridad: que éstas comunidades existían políticamente independientes, y que si se rehusaba la aceptación de esta independencia, sobrevendrían numerosas dificultades de todo orden. Si ya el gobierno de las naciones americanas era libre y responsable, el Reconocimiento era una obligación internacional.

En el siglo XIX Martens en su obra el Derecho de Gentes, estudió atentamente el Reconocimiento, y concedió más importancia al Reconocimiento de un nuevo gobierno que al Reconocimiento de un Estado; su doctrina la podríamos resumir en estas palabras suyas: "Cuando un pueblo se organiza definitivamente, y logra establecer los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de una manera estable, que fijen y garanticen los derechos, entonces se forma un Estado (Civitas). Este Estado considerado como persona moral es susceptible de un doble género de derechos y deberes: 1) La relación interior que se establece entre sus miembros; y 2) su relación exterior con los extranjeros".

Un autor de este tiempo, Kluber, distinguió por primera vez el Reconocimiento de Jure y el de Facto, según corresponda a un gobierno legítimo o ilegítimo.

En América, comienza a establecerse con respecto al Reconocimiento de los Gobiernos una doctrina que tendremos ocasión de ver más adelante. Un caso sensacional de Reconocimiento es el de Turquía, hecho en 1956 en el tratado de París: 'A la Sublime Puerta—de público de Europa' y se le admite a participar de las ventajas del derecho civilizadas. Este es un Reconocimiento especial: las potencias europeas aceptaron que Turquía había llegado ya a un nivel superior de civilización, y que tenía la plena capacidad para entablar relaciones con las naciones cristianas.

Rápidamente vistos los principales hechos en el desarrollo del Reconocimiento, no he pretendido dar la historia de la doctrina según la opinión de los distintos autores, porque esto sería un tratado extenso e inútil, y al estudiar las doctrinas sobre la naturaleza del Reconocimiento, veremos las opiniones de los más autorizados.

## EL RECONOCIMIENTO DE LOS ESTADOS

El Estado es un hecho histórico, producto de múltiples factores, y consecuencia de la necesidad del hombre de obrar dentro de una comunidad que tenga la organización política conveniente para asegurar su vida y sus intereses; es una entidad que dirige la actividad de todos hacia fines comunes y que permite la satisfacción de las necesidades primordiales del hombre. Si como sabiamente dice Hauriou, el Estado representa un interés humano vinculado a un territorio, se comprende la necesidad de ese Reconocimiento para que los intereses allí representados puedan manifestarse en la Sociedad Internacional y actuar en ella.

Inherentes a la noción de Estado encontramos los elementos necesarios a su existencia: la nación o pueblo del Estado, agrupación de individuos ligados por vínculos comunes; el territorio delimitado, donde se ejerce la soberanía; y la autoridad política que garantice la seguridad de los asociados y realice el derecho.

Cuando se dan estas condiciones en una comunidad humana cualquiera, puede considerarse entonces que existe un verdadero Estado, y si además goza de cierta estabilidad política que le permita cumplir

las obligaciones que su calidad le impone, debe tener la personalidad internacional para poder entrar en relación con otros Estados. Querer someterlo a una vida de aislamiento sería una grave injusticia por parte de la Comunidad Internacional: su vida retraída se convertiría en una lucha terrible si no imposible; su desarrollo se estancaría y la falta de relaciones con los demás Estados le provocaría serias dificultades. Si oportunamente no es reconocido por los otros Estados como sujeto de derecho internacional, ¿cuál será el valor jurídico de los convenios celebrados con él? ¿Cómo se considerarán los actos celebrados en ese país por particulares, si deben tener efecto fuera de él? En caso de violación de las normas internacionales por este Estado ¿cómo se harán las debidas reclamaciones? Y este Estado ¿cómo invocará el cumplimiento de los deberes internacionales? Dificultades son éstas que ponen de manifiesto la necesidad de que la teoría sobre el Reconocimiento resuelva estos conflictos, aclarando el valor de éste y determinando cuáles son sus verdaderas consecuencias jurídicas.

Cómo surge un nuevo Estado? Las maneras como surge un nuevo Estado en la historia, son muy diversas. Podrá suceder q' una nación dividida en pequeños Estados llegue a tener conciencia de su nacionalidad y logre su cohesión por el empuje militar, tal sería el caso de Italia; otras veces la unidad la alcanza la nación por un lento proceso político, como Alemania. Algunas veces las pugnas y dificultades internas obligan a un Estado a dividirse, como ocurrió a Suecia y Noruega. Una parte de un Estado antiguo adquiere su independencia y forma un Estado aparte como lo hizo Bélgica. Sucederá otras veces, que una Colonia luche por independizarse y obtenga la victoria, como es el caso de las Colonias americanas. Frecuentemente un Estado se disuelve dando origen a otros nuevos, tal acaeció con la Gran Colombia.

No corresponde al Derecho Internacional la discusión de cómo debe constituirse el Estado, y cuál sería, según sus circunstancias, su mejor organización; esto sería invadir el campo del derecho constitucional en una cuestión que es de su exclusiva competencia.

Anotemos también que algunos fanáticos defensores de los derechos de las nacionalidades como Mancini, que consideran al Estado como una persona artificial y arbitraria y a la nación, como al sujeto natural del derecho internacional, combaten el Reconocimiento del Estado que, según ellos, es reconocer la legitimidad de las conquistas y de la fuerza. No apartándonos de la realidad, esta tesis es demasiado ex-

tremista, porque si es verdad que existe la tendencia a la formación del Estado nacional y que probablemente este será el Estado futuro, es inconveniente, por no decir imposible, precipitar este proceso histórico de una manera brusca.

## DOCTRINAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO

Si todos los autores de Derecho Internacional unánimemente aceptan la necesidad y la importancia del Reconocimiento, existe gran disconformidad en cuanto a la naturaleza de este acto, y aún podríamos afirmar que existen tantas opiniones sobre su calidad y efecto jurídicos, como autores se han ocupado del asunto; pero en general encontramos dos tesis opuestas: para unos el Reconocimiento es un acto constitutivo o atributivo de derecho, y para otros, tiene un valor simplemente declarativo.

La primera doctrina sostiene que no basta la existencia y constitución interna de un Estado para que pueda considerarse como sujeto de Derecho Internacional, porque para que pueda entrar en esta esfera jurídica es necesario que una regla de este carácter le atribuya la personalidad internacional. Este derecho subjetivo de ser miembro de la Comunidad de los Estados no le puede ser otorgado sino por medio de los actos subjetivos de los que ya son sujetos de Derecho internacional, porque un derecho no existe sino cuando una norma jurídica le da vida.

Esta doctrina, como claramente se desprende al analizarla, es la negación rotunda del Derecho Internacional objetivo y consecuencia lógica de la creencia en el dogma de la soberanía absoluta del Estado, que hace imposible la existencia de un orden jurídico superestatal, no siendo el Derecho Internacional más que disposiciones de carácter convencional, creadas por la voluntad del Estado.

Como es de suponer, el positivismo jurídico internacional acepta las consecuencias extremas de esta doctrina; vamos a ver sus opiniones según las defiende Strupp, uno de sus más destacados representantes. Según él, el nacimiento de los Estados es un hecho ajurídico, que se verifica por consiguiente fuera del Derecho Internacional, porque según sus propias palabras "para que naciera como sujeto de este derecho, sería necesario que una norma consuetudinaria lo prescribiera así". Los que creen que existe la Comunidad de las Naciones caen en las redes de una creación metafísica. Es inconcebible que antes del Re-

conocimiento que confiere al Estado la capacidad y calidad de sujeto de Derecho Internacional, éste pueda ejercer derechos y contraer obligaciones en esta esfera. El Reconocimiento es, pues, un acto unilateral, libre y voluntario, de valor relativo, es decir que sólo produce efectos entre las partes, y así puede darse razonablemente el caso de que un Estado pueda considerarse como no existente para otro que no lo ha reconocido, aunque los demás lo hayan hecho; y a ese Estado que tal hiciera, no se podría imponer que lo reconociese. Lo que sí no podrá negarse, dice Strupp, es que este Estado aunque no haya sido reconocido, goza de competencia interna porque de lo contrario no podría funcionar; de aquí surge un conflicto que claramente advierten los propugnadores de esta doctrina, y es el de saber qué valor se concedería a los actos y leyes llevados a cabo por el gobierno de un Estado no reconocido, cuando fueran expedidas con un carácter internacional. Negarle por completo todo valor, arguye Strupp, es demasiado absoluto y la conveniencia internacional aconseja dar a estos actos un valor relativo, que lógicamente no tiene razón de ser, pero para los cuales se podría hacer valer el adagio latino "Nulla regula sine exceptiones". Estas y otras contradicciones insalvables por el mero análisis positivista, llevan a Strupp hasta declarar "que no desconoce la importancia vital de un derecho natural bien concebido y definido".

Esta doctrina, brevemente expuesta, es la que con más o menos diferencias defienden los partidarios del Reconocimiento constitutivo, concepción sostenida entre otros por Cavalieri, Litz, Anzilotti.

Qué es el Reconocimiento? Los defensores de la teoría del Reconocimiento declarativo contestan: Es sólo la constatación de un hecho, la certificación de una realidad que nada crea ni nada constituye, lo cual lo dice el mismo significado etimológico de la palabra. Basta que el Estado exista para que por esta misma razón sea sujeto en el orden jurídico internacional, llegando a admitir como consecuencia lógica que el Reconocimiento nada significa para el derecho. Por el hecho mismo de su nacimiento el Estado entra a la Comunidad Internacional, y adquiere los derechos y obligaciones correspondientes; no sólo goza de su plena capacidad interna, sino que los demás Estados deben considerarlo como su igual.

El reconocimiento deja de ser un deber o un derecho, un tratado unilateral o bilateral, y se convierte en un acto político de ninguna consecuencia jurídica. Para estos autores la existencia del derecho objetivo hace innecesario el Reconocimiento.

Al llegar esta doctrina al extremo de afirmar que el Reconocimiento no trae ninguna consecuencia jurídica, como lo hace Kelsen, por ejemplo, se abusa del método lógico y se coloca esta doctrina en abierta contradicción con la práctica y con el derecho positivo, que desmienten estas aseveraciones.

Esta teoría ya había sido sostenida por Vattel; Fiore y Le Fur la defienden aunque parcialmente, pues no le niegan ciertas consecuencias jurídicas.

Más exacta en la teoría y más conforme con la práctica, parece la doctrina sostenida por nuestro profesor doctor Velasco Ibarra: el Reconocimiento es declarativo principalmente, pero también participa del carácter atributivo. Admitiendo la existencia del derecho internacional objetivo, no puede negarse que cuando, según este derecho, se encuentran reunidos los elementos que constituyen el Estado, éste es ya objeto del Derecho Internacional e ingresa en la Comunidad de los Estados. En sus asuntos internos goza de plena competencia y en la esfera internacional participa de ciertos derechos y obligaciones, y válidamente podría celebrar determinados tratados. Sus actos jurídicos internos debidamente celebrados tendrán valor internacional; debe cumplir las normas del derecho y podrá exigir a los demás Estados que cumplan con él, las obligaciones del Derecho internacional. Pero no se puede negar que antes del Reconocimiento no tiene todas las obligaciones ni disfruta de todas las prerrogativas de un Estado ya reconocido; así por ejemplo, no podría reclamar se le admitiese como miembro de un Congreso internacional. Como dice Vendross, no es todavía una persona internacional de pleno derecho, personalidad que adquiere al ser reconocido. Bajo este aspecto el Reconocimiento es constitutivo.

Según esta doctrina que acabamos de ver, el Reconocimiento, necesario siempre para la buena marcha de las relaciones entre los pueblos, no es libre y voluntario sino obligatorio. Es un derecho para el Estado no reconocido, y un deber para los demás.

Lorimer, nos da del Reconocimiento la siguiente definición: "Declaración formal, resultado de un procedimiento inductivo por el cual una entidad política se convence de que otra entidad posee una conciencia política distinta, es decir, que es capaz de cumplir los deberes de la vida internacional y puede por lo tanto reclamar sus derechos".

Como, aún muchos de sus adversarios, lo reconoce, la doctrina de que el Reconocimiento es principalmente declarativo, tiene una mayor aceptación actualmente y esto tal vez influirá para que en el futuro

el Reconocimiento pierda su carácter político para convertirse en problema jurídico]

Todos los tratadistas aceptan que el Reconocimiento es un acto irrevocable, porque no ser así, quedaría siempre amenazada la existencia de un Estado, cuando los demás caprichosamente, le retiran el reconocimiento. Evidente es pues la injusticia cometida por Francia, cuando después de darle su reconocimiento a Finlandia lo revocó poco tiempo después.

Siendo, por lo general, el Reconocimiento un acto puro y simple, puede presentarse el caso de que determinadas circunstancias históricas justifiquen un Reconocimiento que puede calificarse de provisorio o irrevocable, porque no se sabe a ciencia cierta si el Estado es o no independiente; así lo hizo Inglaterra durante la pasada guerra cuando reconoció al Consejo Nacional de Estonia provisoriamente y con todas las reservas para el porvenir. Pero este estado de cosas es accidental y no puede durar, porque es anormal.

Hay que rechazar también que el Reconocimiento pueda ser condicional o modal; pero hay un caso que parece confirmar lo contrario: cuando en 1879, las potencias signatarias del tratado de Berlín, se obligaron a reconocer a Servia, Rumania y Montenegro, no hicieron un Reconocimiento condicional al decir, q' esto lo harían siempre que estos Estados garantizacen la libertad de conciencia y admitiesen la igualdad de derechos para las distintas confesiones religiosas? Analizando el caso se ve que es más bien una convención que contiene una advertencia para prevenir a estos Estados en el cumplimiento de las reglas internacionales, anunciándoles una sanción; esto es más bien un Reconocimiento sub-modo.

Es medida prudente, tanto desde el punto de vista político como jurídico, esperar para hacer el Reconocimiento el tiempo oportuno en que la situación se haya definido. Porque es inconveniente y perjudicial que el Reconocimiento se verifique demasiado tarde o precipitadamente. Es frecuente que cuando las colonias adquieren su independencia, sus metrópolis retarden injustificadamente el Reconocimiento; así España sólo pasado mucho tiempo accedió a reconocer la independencia de sus colonias americanas y Estados Unidos no fue reconocido por Inglaterra hasta pasados seis años de haberse libertado.

Como caso típico de Reconocimiento precipitado tenemos el que en 1903 hizo Estados Unidos, de Panamá, cometiendo una enorme injusticia con Colombia; y no se contentó con reconocerla inmediatamente.

te sino que se mostró pronto a intervenir para protegerla. Esta política de Estados Unidos se repitió, cuando Cuba proclamó su independencia de España.

### DIVERSAS CLASES DE RECONOCIMIENTO

Expreso o tácito, el primero es el que se consigna en una manifestación y es el más frecuente cuando el Reconocimiento es colectivo. El tácito resulta de hechos que implícitamente lo contienen como el envío de agentes diplomáticos o la celebración de un Tratado.

La distinción entre el Reconocimiento de Jure y de Facto es rechazada actualmente. El Reconocimiento de Jure equivaldría al expreso y el de Facto al tácito. Para Le Fur, esta distinción es inaceptable y es una errada transposición al Derecho Internacional Público de la diferencia que en el Derecho interno se hace, entre gobiernos de hecho y de derecho.

El Reconocimiento se llama individual si cada Estado lo hace separadamente. El Reconocimiento colectivo usado desde antiguo, ha tomado una nueva forma al constituirse la Sociedad de las Naciones, pues según sus estatutos, la admisión de un nuevo miembro, que como es claro, supone el Reconocimiento, puede hacerse por una resolución de la Asamblea, aprobada por las dos terceras partes de sus miembros. Se ha discutido si el Estado que ha votado en contra tiene el derecho de rehusar individualmente el Reconocimiento y aunque algunos tratadistas opinan que sí, esta interpretación es inaceptable para la mayoría.

Antes habíamos visto el Reconocimiento que podríamos llamar condicional, y el Reconocimiento provisorio.

### RECONOCIMIENTO DE LOS GOBIERNOS

Confúndese a menudo en la teoría y en la práctica el Reconocimiento del Estado y del Gobierno. Pero hay que tener en cuenta que en el Reconocimiento de un Estado, el Estado que reconoce acepta el hecho de que se incorpora un nuevo miembro a la Comunidad Internacional, mientras que quien reconoce un gobierno acepta que ciertos individuos son los agentes efectivos de un Estado, en sus relaciones internacionales.

La cuestión del Reconocimiento de los gobiernos se presenta en

dos casos: primero, cuando aparece un nuevo Estado; y segundo, cuando una transformación política o social cambia la organización jurídica de un Estado ya reconocido.

En el primer caso es perfectamente claro que quien reconoce al Estado reconoce al gobierno y viceversa, quien reconoce al gobierno reconoce al Estado. El problema se plantea en terreno propio, cuando dentro de un Estado ya reconocido ocurre un cambio de gobierno.

Los pueblos, haciendo uso del derecho de dirigirse como mejor les convenga en sus propios destinos, pueden lícitamente cambiar su organización política. Si el Derecho internacional desconociese este derecho tiranizaría a la nación, entronizaría en el poder a gobiernos muchas veces inconvenientes y perjudiciales a los intereses patrios y sometería a normas demasiado estrechas el afán de progreso de los hombres, que hace que los cambios sean muchas veces precisos. En nada resulta lesionada la comunidad de los Estados conque un Estado transforme su gobierno, y antes bien, dadas las distintas circunstancias sociales y políticas de los diversos países, el respeto a la forma de gobierno de cada nación, es una norma elemental de Derecho Internacional.

Que un pueblo viva en forma democrática o se organice en monarquía, que se rija por normas socialistas o individualistas, nada de esto le impedirá cumplir con sus derechos internacionales.

Corresponde al Derecho constitucional de cada Estado, determinar cuándo su gobierno es o no legítimo, y la distinción entre gobiernos de jure y de facto no tiene en Derecho Internacional ninguna trascendencia, porque desde este punto de vista se debe considerar como legítimo todo gobierno que de hecho ocupe el poder.

Si el Reconocimiento de los gobiernos juega un papel considerable en la política internacional, para el derecho, parece justificada la frase de Kelsen: "El Reconocimiento no tiene aquí ninguna significación jurídica". Si no se admitiese más que el Reconocimiento de los gobiernos legítimos convertiríase otro Estado o la misma Comunidad Internacional en Juez de los negocios de otro, saliéndose de su propia competencia, y fácilmente se comprende que las continuas intervenciones provocarían numerosos conflictos entre los Estados, con perjuicios enormes para sus relaciones.

De manera que siempre que un Estado posea cierta estabilidad política que asegure su responsabilidad en el cumplimiento de sus deberes internacionales, la norma aconsejada por la conveniencia y recla-

mada por el derecho es, la de que existe el deber de reconocer su gobierno.

En Europa, dadas sus peculiares condiciones políticas y el papel que desempeña el equilibrio internacional, se puede decir que la necesidad ha impuesto el criterio anterior. Sólo una vez, de una manera muy notoria, la Santa Alianza poderosa unión de cinco Cortes europeas, se propuso ejercer una considerable influencia para garantizar a las Monarquías reinantes contra los levantamientos populares, y contrarrestar el influjo de la Revolución Francesa, asegurando y restableciendo a los gobiernos que consideraba como legítimos, implantando así durante treinta años el principio de intervención.

### EL RECONOCIMIENTO DE LOS GOBIERNOS EN AMÉRICA

Tratándose de América, la distinción entre gobiernos de Jure y de Facto tiene gran importancia y por eso conviene definirlos; gobierno de Jure es aquel que ha sido establecido legalmente y funciona de acuerdo con las normas constitucionales; el gobierno de facto es el que existe de hecho y que, aunque constituido ilegalmente, ejerce sus atribuciones como poder supremo del Estado. Esta distinción se ha considerado como propia a lo que se llama derecho internacional americano.

Cuando las colonias americanas lograron su independencia pretendieron se les reconocieran sus gobiernos como los únicos legítimos, invocando para ello el derecho de todo pueblo a disponer de sí mismo. Ya en 1808 el Presidente Jefferson de los Estados Unidos había reconocido expresamente y de una manera especial para América, el derecho que tenían estos pueblos a gobernarse sin intervenciones extranjeras. La célebre doctrina Monroe proclamada en 1823, contenía en uno de sus puntos la siguiente declaración: "El gobierno de hecho es el gobierno legítimo". La razón alegada era que socialmente las condiciones de América eran distintas y que sus gobiernos por lo tanto tenían que ser distintos, y que, además, ya las colonias americanas habían logrado su independencia. Este principio era también por parte de los Estados Unidos el Reconocimiento expreso de los Estados americanos.

Los presidentes Lincoln y Johnson modificaron la doctrina de Monroe porque, según ellos, era necesario para el reconocimiento, que los hechos fuesen de cierta importancia, y que en caso de una situa-

ción dudosa del gobierno, debía éste ser ratificado en el poder por la aprobación solemne y legal del pueblo. Pero esta peligrosa política, que sentaba tan funesta doctrina fué a su vez modificada en 1877, bajo la presidencia de Hayes cuando su secretario Evarst, declaró que sólo sería factor decisivo para el reconocimiento de un nuevo gobierno, su capacidad para cumplir las obligaciones internacionales, lo cual era volver por la tradición de Monroe; esta doctrina con más o menos variaciones de poca importancia fue sostenida por los Estados Unidos hasta el advenimiento del Presidente Wilson. Este implantó una nueva política internacional de su país en cuanto al reconocimiento de los gobiernos de facto. Tan pronto como llegó al poder dio a conocer la política que se proponía seguir con relación a los nuevos gobiernos surgidos en América. Según él, el gobierno justo se funda siempre sobre la aceptación de los gobernados y no puede haber libertad que no se base sobre la ley y la aprobación de la conciencia pública; anunció que se proponía hacer de estos principios la base de entendimiento, del respeto y la ayuda recíproca entre los Estados Unidos y las Repúblicas hermanas. Pronto tuvo oportunidad de poner en práctica sus principios; ya la guerra de Méjico le dio la ocasión. Hizo en este país frecuentes intervenciones contra el general Huerta, atentando claramente contra la soberanía mejicana, y declaró que en América no podría haber paz hasta que el general Huerta hubiera abandonado el poder; que Estados Unidos no aprobaría ni entraría en relaciones con gobiernos de esta clase, porque más que el amigo, se consideraba el campeón de los gobiernos constitucionales.

Al sostener Wilson esta tesis, los Estados Unidos se arrogaban el derecho de calificar la legitimidad o ilegitimidad de los gobiernos extranjeros, doctrina sumamente peligrosa para los Estados americanos por la enorme influencia del país que la defendía y por su gran poderío económico y militar.

En 1917 Wilson practicó en Costa Rica los mismos principios que con el gobierno de Méjico, con respecto al gobierno de hecho que se había establecido en aquel país. En esta ocasión el gobierno de los Estados Unidos manifestó que actos legales como aquél, tendían a romper la paz de Centro América y aquebrantar la unidad americana, y que no se reconocerían ni se les darían ningún apoyo a gobiernos en tal forma establecidos.

Igualmente Wilson se negó a reconocer el gobierno soviético de Rusia, al que consideraba como ilegal toda vez que se sostenía por la

fuerza y la intriga contra la voluntad del pueblo.

Los sucesores de Wilson continuaron esta política hasta que el actual presidente Roosevelt la rectificó reviviendo la doctrina Monroe. Así reconoció al gobierno del Salvador a quien su antecesor Hoover se había negado a reconocer, lo mismo que al gobierno de los Soviets.

### DOCTRINA TOVAR

Esta doctrina toma su nombre del diplomático ecuatoriano que la formuló; alarmado por las continuas guerras en latinoamérica propuso como el mejor medio de impedir las que los Estados americanos no reconociesen el gobierno nacido de una revolución. Esta doctrina sólo se diferencia de la política de Wilson en que el señor Tovar pedía se desarrollara por medio de tratados, que le quitasen su odioso carácter de unilateralidad. Pero consagrarla en la práctica sería desconocer el derecho de resistencia a la opresión, y además su cumplimiento tropezaría con muchas dificultades.

A pesar de sus inconvenientes la doctrina Tovar fue incorporada en la Convención adicional firmada por las cinco repúblicas de América Central; allí se comprometían las partes contratantes a no reconocer a ningún gobierno de esas repúblicas que hubiese surgido de un golpe de Estado o de una revolución contra un gobierno ya reconocido, en tanto que la representación del pueblo no hubiese organizado al país. Por una convención celebrada en Washington fueron ratificadas las disposiciones de la anterior, y se decidió estuviesen vigentes hasta 1934. En este año fue reconocido por los gobiernos de América el gobierno de El Salvador a quien se había dejado en suspenso.

En el Tratado general de confraternidad centroamericana celebrado en 1934 las repúblicas de Centro América rechazaron el principio de no reconocimiento de los gobiernos revolucionarios y se prohibió la intervención de cualquier estado de los signatarios en los negocios de otro.

### DOCTRINA ESTRADA

Las conmociones políticas que durante los años de 1930 y 1931 padecieron muchos de los Estados americanos, como el Brasil, Argentina, Chile, etc., dieron lugar a que el canciller mejicano señor Estrada pusiese en práctica una nueva doctrina. El gobierno de Méjico comunicó a sus agentes diplomáticos de los países afectados por la cri-

sis políticas, que Méjico no se pronunciaba en favor del Reconocimiento de aquellos gobiernos, porque consideraba que esta práctica lesionaba la soberanía de otros países, juzgando sobre la legitimidad o ilegitimidad de sus gobiernos; esto era según el Sr. Estrada someter el juicio de un gobierno extranjero los negocios internos de un país. En consecuencia, el gobierno mejicano se limitaría a mantener o retirar cuando lo juzgase necesario, sus agentes diplomáticos de las naciones acreditadas en Méjico, y de juzgar el derecho del Estado a conservar o sustituir su gobierno y autoridades.

Es esta una doctrina clara, que de ser aceptada por todos los Estados americanos terminaría con muchos motivos de discordia en la política internacional de estas naciones, con notorio beneficio para sus relaciones.

### DECLARACIONES DE STIMPSON Y DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES EN 1932

Con motivo del conflicto chino-japonés, el secretario de Estado, de los Estados Unidos señor Stimpson declaró que el gobierno de su país no aceptaría ninguna situación de hecho contraria a los tratados vigentes y especialmente a lo estipulado en 1928 en el tratado de París, entre China, Japón y Estados Unidos. Poco después la Sociedad de las Naciones aprobó casi textualmente la nota del gobierno de los Estados Unidos.

En los últimos tiempos dos veces ha sido proclamada la doctrina del no Reconocimiento invocada en dos ocasiones de importancia histórica: en 1932, diecinueve Estados americanos reunidos en Washington declararon con motivo del conflicto entre Bolivia y Paraguay, que no sería reconocida la validez de ninguna adquisición territorial por medio de la fuerza armada. Tesis semejante se proclamó en Ginebra por la Sociedad de las Naciones al manifestar con ocasión del conflicto entre Colombia y el Perú, que esa Asamblea ratificaba los principios contenidos en la declaración de Washington en 1932.

# PROGRAMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AÑO DE 1940

I

## EL DERECHO Y EL ESTADO

[La sociedad como resultado natural del instinto de sociabilidad. Concepto de sociedad.. La sociedad es necesaria para que haya derecho. Necesidad de un jefe que dirija la sociedad. Desarrollo de la sociedad civil: el Estado. El Estado como realidad primitiva. Estado y nación. Diferencia entre Estado, nación y pueblo. Formación especial de los Estados americanos. Concepto actual del Estado. Excesos en la concepción del Estado. Hegel. El Estado ético. Límites del Estado. El Estado como comunidad jurídico política delimitada especialmente. Posición recíproca entre el Estado y el derecho. Doctrina de Hans Kelsen que identifica el Estado y el Derecho. Identidad material de Estado y Derecho en Sauer. Derecho subjetivo y objetivo. Doctrina de Duguit en la que niega la existencia de derechos subjetivos. Reglas de derecho normativas y constructivas. Crítica a la doctrina de Duguit sobre los derechos subjetivos y a la definición que da de éstos. Doctrina de Ihering: el derecho subjetivo mero reflejo del objetivo. El derecho subjetivo no se puede reducir a la facultad de obrar en justicia. Jellinek y Barthélemy. Leyes jurídicas y leyes de la naturaleza física. Cómo se forma el derecho. El derecho no se funda en la conciencia social. Tampoco en lo que la masa de los individuos considera como derecho. Ni en lo que la opinión pública cree que es. La idea de lo justo es la base racional del derecho. Qué es la justicia? Elementos fundamentales del derecho: sociedad, hombres y justicia. La idea de justicia es el contenido mínimo de de-

recho natural. Escuela histórica. El derecho justo de Stammler. Positivismo jurídico equilibrado por el poder de la regla moral de Ripert. El derecho para existir no necesita de la coerción. Ciencia y técnica en el derecho. Resumen de las tesis aceptadas. División del derecho en público y privado. Determinación finalista de lo que es el público. Para Duguit no existe la división. Importancia del derecho público. Diferentes categorías de normas del derecho público.

## II

## LA FUNCION ADMINISTRATIVA

Organos del Estado. Determinación formal de la función administrativa. Determinación material y finalista. Sirven de materia del derecho administrativo actos estrictamente jurídicos ejecutados por la administración, actos materiales y actos que engendran responsabilidad por ser ejecutados sin derecho. Explicación de lo que se entiende por actividad constante del Estado. Objeciones de Duguit al criterio finalista en la determinación de la función administrativa y réplica. Determinación hecha por Duguit con base en la división por él ideada de los actos jurídicos. Teoría de Barthélemy acerca de lo que es la función administrativa. Teoría de Hauriou. Teoría de Artur, Adolfo Posada, Otto Mayer, Orlando, Longo y Guimaráz Pedrosa. Teoría de Laband. Carré de Malberg. Merkl. El libre arbitrio en la administración. Ventajas de una noción finalista de lo que es administración. En la administración jurídicamente considerada se encuentran primero los fines que los poderes de voluntad. Doble aspecto de la administración y su consagración en el derecho positivo colombiano. Distinción que se hace entre Gobierno y Administración. Tesis de Goodnow y Aucoc y crítica de ella. Tesis de Hauriou. Cómo hace la distinción Georges Renard. La división es únicamente aceptable desde un punto de vista netamente político. Caracteres esenciales de la función administrativa: a), continuidad; b), ductilidad; c) inspiración en el bien común, y d), legalidad. Países de régimen administrativo y países que no lo utilizan. Definición del derecho administrativo. Su importancia. Al derecho administrativo concurren el derecho subjetivo y el objetivo. Cómo el derecho administrativo, que es esencialmente diferente del privado, utiliza principios de éste. En el derecho administrativo predominan

las situaciones legales. En qué consisten las situaciones legales. La administración está dotada de la acción de oficio. El derecho administrativo es esencialmente activo. Sin embargo comprende también las fuerzas jurídicas que contienen a la administración dentro de sus límites.

### III

## DIVISION ADMINISTRATIVA TERRITORIAL Y POR SERVICIO

Necesidad de acomodar la acción administrativa al espacio territorial. División de la acción administrativa con base diversa al territorio. La cuestión de la centralización es un problema complejo. Distinción entre descentralización y federalismo. Equilibrio de las fuerzas opuestas que tratan de imponer una organización determinada en la administración. Centralización política y centralización administrativa. La noción de jerarquía y de poder jerárquico. El poder jerárquico como característica de la centralización. "Centralización política y descentralización administrativa" como fórmula de equilibrio. Peligros de la exageración en estas cuestiones; el caso de Francia y el de los Estados Unidos. La organización administrativa en la Alemania nazi. Crítica del sistema centralista. Ventajas e inconvenientes de la descentralización. Fenómenos semejantes: la descentralización y la integración. Diversas especies de descentralización administrativa: por región, por servicios y por patrimonio. Elementos que constituyen la descentralización por región. Los tipos de descentralización regionalizada en Colombia. Defensa de la división en departamentos y réplica a las tesis del doctor Tascón. Los departamentos sí realizan la idea descentralizadora. Asambleas departamentales. El carácter de sus funciones. El municipio. Sindicatos de municipios. Tutela administrativa. Descentralización por servicios. La independencia de la técnica como razón esencial de la descentralización por servicios. Otras características: continuidad administrativa; independencia de la administración general y patrimonio propio. No se requiere, para que exista, una mayor responsabilidad de los funcionarios encargados del servicio. Cómo se salva el principio de la unidad de la soberanía en la descentralización por servicio. Ventajas que se obtienen con

ella. Ejemplos existentes en Colombia. Para qué sirven los diversos modos de descentralizar. La independencia patrimonial no significa que los bienes de las administraciones centralizadas estén regidos por las normas de derecho privado. Establecimientos de utilidad pública y su distinción de los servicios públicos.

## IV

## ACTOS ADMINISTRATIVOS

El acto jurídico en general. Actos administrativos. El reglamento. La decisión ejecutoria. La ejecución. Todo acto administrativo es un fenómeno jurídico complejo. Clasificación de los actos jurídicos por Jéze. Clasificación de Duguit. Reducción de los actos administrativos a actos - reglas y actos - condiciones. El reglamento es diferente de la ley. Cómo sostiene Duguit su identificación del reglamento y de la ley. La tesis duguitiana es esencialmente formalista. Los reglamentos de policía y los de los servicios públicos no son leyes en un sentido material. Elementos de acto jurídico administrativo: a) Manifestación o declaración de voluntad; b) Capacidad o competencia; c) Objeto; d) Fin determinante; e) Situación jurídica consecutiva al acto. División de los actos administrativos en de autoridad y de gestión, y rechazo de ella. Modificaciones aportadas a la anterior división por Barthélemy. Razones en que basan la refutación de tal división Jéze y Duguit. La distinción no puede ser hecha porque todo acto de la administración debe estar dominado por la idea del interés público. A veces la administración emplea en sus actos las formas del derecho privado. No existen los llamados actos discrecionales. Poder discrecional. Competencia obligada. Potestad reglamentaria. El poder de dictar reglamentos no se origina en una delegación de poderes hecha por órganos del poder público de otra categoría en favor de la administración. Importancia del poder reglamentario. Existe una clase de poder reglamentario que compete a todo jefe de una jerarquía administrativa. División del poder reglamentario en orgánico y general. Poder reglamentario en el nuevo Reich. Extensión del poder reglamentario bajo el estado de sitio. La legalidad de la administración sufre una ampliación durante el estado de sitio. Otros casos de ampliación de la legalidad. La competencia de los funcionarios o entidades administrativas puede estar limitada a una determinada clase de actos. El efecto de la

teoría de los actos administrativos sobre la doctrina de la separación de los poderes.

## V

## PERSONAS JURIDICAS EN DERECHO PUBLICO

Necesidad de un concepto general que sirva de punto de unión a los derechos de las entidades públicas. La existencia de este concepto es muy discutida.

**PARTE 1a.**—Desarrollo histórico de la discusión sobre la personalidad moral.—Los romanos. Pufendorf, Savigny: doctrina de la ficción jurídica. Doctrina de la equipolencia. Patrimonios sin sujeto: Unger, Brinz Berker y Bonelli. Ihering: el derecho es de los destinatarios de él. Identificación de la persona jurídica con la persona natural: Spencer, Lilianfield, Schaeffe, etc. Gierke, Picard, Gurvitch. Doctrinas objetivistas que niegan la personalidad jurídica: a). Hans Kelsen b) Ferrero c) Duguit. La personalidad moral es una realidad jurídica. Cómo entiende esa realidad Michoud. Explicación de la realidad jurídica por Raymond Saleilles. Interpretación de Gény. Demogue. Interpretación objetiva de la realidad jurídica: Hauriou. Crítica de la teoría de Hauriou. Relación del conceptualismo con las tesis institucionales: Renard.

**Parte 2a.**—Cómo ha de entenderse la personalidad jurídica de los grupos.—La personalidad de los grupos es una realidad jurídica. En qué sentido la realidad jurídica es conceptual. Realidad metafísica del concepto de la personalidad jurídica. Existe una realidad objetiva que sirve de fundamento al concepto. Atribución del poder de voluntad a la individualidad objetiva. El problema de la provisión de órganos. Distinción entre los órganos y los agentes o representantes. Principio de la especialidad.

**PARTE 3a.**—La personalidad de las entidades de Derecho Público.—El Estado reúne los elementos que son necesarios para que exista la personalidad moral. Duguit no admite la personalidad del Estado. Adhesión de Jéze a las tesis de Duguit. La teoría del derecho público no puede limitarse a girar al rededor de los servicios

públicos. Teorías nazistas que niegan la personalidad del Estado. Distinción entre el Estado entidad pública y el Estado persona jurídica: Barthélemy. Crítica de esta tesis: los derechos subjetivos no son exclusivamente derechos de propiedad. Hauriou. La personalidad del Estado es indivisible. Formación de la individualidad objetiva de la personalidad en el Estado. La voluntad de la persona Estado es soberana, y sus manifestaciones estarán marcadas siempre por este carácter. Siendo el Estado soberano podrá, sin embargo, por razón de los principios de justicia, actuar en un plano de relativa igualdad con los particulares. Aplicación al Estado del principio de la especialidad. Los órganos del Estado. La personalidad de derecho público de los grupos inferiores se logra por una comunicación de la del Estado. Fuera de los grupos inferiores hay otras entidades que gozan de la personalidad de derecho público. Entidades que gozan de la personalidad jurídica de derecho público en Colombia.

## VI

## DOMINIO PÚBLICO

El Estado es centro de relaciones jurídicas patrimoniales. Complejidad de las cuestiones relativas a la dominalidad pública en Colombia. Bienes que constituyen el dominio público en Colombia. Bienes que constituyen el dominio público. Criterio para determinar cuáles bienes son de uso público: a). Criterio basado en la naturaleza de los bienes: Barthélemy; b). Argumentos con que sostenían el criterio de la naturaleza los primeros comentadores; c). Reducción de los bienes de uso público a aquellos que están sometidos al uso directo del público: Colin y Capitant; e) Creación de una tercera categoría en la dominalidad pública sostenida por Fritz Fleiner; f) Opinión del doctor Fernando Vélez; doctrina aceptable. a) Antecedentes que se encuentran en los derechos romano, español y francés; b) Son bienes de uso público todos los que están afectados a un servicio público; c). Cómo debe entenderse el uso público de estos bienes. Cuáles bienes son de uso público en Colombia. Los artículos sobre dominio público incluidos en el Código Civil, ocupan en él puesto de carácter excepcional. Imprescriptibilidad de los bienes de uso público. Inalienabilidad. Cómo se compagina la inalienabilidad de los bienes de uso público con el artículo 34 de la Const-

titución de Colombia. Reglas que rigen la inalienabilidad. Hay un comercio de derecho público diferente del derecho privado. El Estado tiene el derecho de dominio sobre los bienes de uso público. Interpretación del artículo 182 de la Constitución de Colombia, relativo a los bienes de los departamentos y municipios. Bienes del Estado regidos por el derecho privado. El Estado, los departamentos y los municipios, pueden ser ejecutados en Colombia? Sobre qué clase de bienes de las entidades públicas puede trabarse una ejecución. Es válida la hipoteca y la prenda de bienes de uso público? Prenda de rentas públicas.

## VII

### SERVICIOS PUBLICOS

La acción administrativa se concreta en servicios públicos. La noción de servicio público no es la única fuente del derecho público: otros elementos concurren con ella a formarlo. Cuándo hay, según Jéze, servicio público. Definición de Duguit. Definición de Rolland. En los últimos tiempos se manifiesta una fuerte tendencia a aumentar el número de los servicios públicos. Caracteres que determinan que una empresa del Estado sea un servicio público. De que el Estado tenga un servicio público para hacer determinada prestación, no se sigue que tenga el monopolio de ésta. Creación de los servicios públicos. Funcionamiento. Entidades de que puede depender un servicio público. Supresión de un servicio. Reglas a que está sometido todo servicio público. Situación jurídica del usuario de un servicio público. Reglas que rigen esta situación. Tasas. Distinción entre tasas e impuestos. La tasa es un ingreso de derecho público. Es un error decir que los servicios públicos deben ser explotados con criterio comercial. División de los servicios en esenciales y facultativos. Servicio de policía. Defensa nacional. Servicios facultativos: preponderancia en esta categoría de los que tienen un carácter económico. División de los servicios económicos en preventivos y activos. Empresas privadas que tienen un régimen jurídico semejante al de los servicios públicos. Servicios activos. Servicio público de moneda. La moneda es un servicio público y no un derecho regaliano. Las manipulaciones monetarias ante el derecho público. Los transportes: a) correos; b) ferrocarriles; c) transpor-

tes navieros y aéreos; d) telégrafos y teléfonos. Empresas de producción: energía eléctrica y otras. Instrucción pública. Asistencia pública.

## VIII

## LA COLABORACION DE LOS PARTICULARES EN LA ADMINISTRACION

Necesidad de la colaboración de los particulares en el funcionamiento de los servicios públicos, división en voluntaria y forzada.

**PARTE 1a.—Colaboración voluntaria.**—Funcionarios públicos. Auxiliares. Empleados públicos en la legislación colombiana. Situación jurídica de los funcionarios; es legal y reglamentaria. A qué categoría corresponde el acto por el que se incorpora a un individuo en la función pública. En qué momento el particular se convierte en funcionario. Funcionarios de derecho, de hecho y usurpadores. Reglamentación de la función pública en Colombia. No puede admitirse la huelga en los servicios públicos, ni de parte de los funcionarios ni de los simples auxiliares. Contratos. Son administrativos o privados. Principios comunes a ambas categorías. La competencia para celebrar contratos y sus diversas modalidades. Influencias en la validez de los contratos de los actos que los aprueban. No existe la acción popular para pedir la nulidad de actos aprobatorios de contratos. Las formalidades necesarias para poder celebrar un contrato administrativo no convierten a éste en solemne. Contratos de derecho privado. Contratos administrativos propiamente dichos. Elementos especiales de todo contrato administrativo. Obligación del particular que celebra uno de estos contratos de someterse en su ejecución de la noción del servicio público. Los contratos administrativos no son inestables. Diversas clases de contratos administrativos. Interpretación. Teoría de la imprevisión. Concesiones administrativas. Diferencia entre privilegios y concesiones administrativas. Existencia de contratos administrativos dentro del derecho positivo colombiano. En Colombia puede ser aplicada la interpretación francesa de los contratos administrativos, lo mismo que la teoría de la imprevisión.

**PARTE 2a.—Colaboración forzada.**—Diferentes especies de esta colaboración. Expropiación por utilidad pública e interés general.

## IX

## RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Fundamento de la responsabilidad del Estado. Evolución de las ideas relativas a esta responsabilidad. La responsabilidad del Estado no significa negación de su soberanía. Oposición de Duguit a la tesis anterior. La jurisprudencia colombiana admite la responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado comprende la de todos los organismos que ejercen el poder a nombre de él. La responsabilidad supone un derecho subjetivo de aquellos a cuyo favor tiene lugar. La ley aplicable a la responsabilidad civil del Estado es la civil, pero no de pleno derecho, sino a falta de legislación expresa. Determinación de lo que es la responsabilidad civil. Para que una persona sea responsable se requiere que tenga voluntad. Diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Principios legales sobre los cuales gira la doctrina de la responsabilidad. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre el Art. 2356 del Código Civil. Esa doctrina no puede ser aceptada. La tesis de la Corte conduce a la doctrina del riesgo. Refutación de la teoría del riesgo: a) Cómo se plantea el problema; b) Criterio del acto anormal; c) Riesgo provecho; d) Retroceso de los doctrinantes del riesgo; e) La doctrina como manifestación del positivismo jurídico; f) Apoyo buscado en el positivismo penal; g) la justificación de la teoría no se encuentra en la equidad y la moral, y h) afirmación de Duguit sobre la necesidad de la falta para basar la responsabilidad de las personas. La doctrina del riesgo en el derecho público; a) Exposición de ella por Duguit; b) Argumentos en contra. La manera como Teissier expone esta teoría conduce a la admisión de la necesidad de la falta. Definición de la falta. Por qué el Estado puede cometer falta. La imputación de la responsabilidad por falta al Estado no se basa en el artículo 2347 del Código Civil, sino en el 2341. Distinción entre falta del servicio y falta personal. Actos que pueden dar lugar a responsabilidad del Estado. Se incurre en responsabilidad tanto por acción como por omisión. La pretendida distinción entre actos de autoridad y actos de gestión no es utilizable en el problema de la responsabilidad. El daño. Daño material y daño moral. El daño moral debe ser indemnizado. El daño de que responde el Estado debe ser especial. El daño eventual o futuro. Relación de cau-

salidad entre el hecho culpable y el daño. La carga de la prueba. En el artículo 2356 no se establece una presunción de falta. Tampoco en el 1604: a) Jurisprudencia; b) Cómo se plantea la cuestión; c) La obligación de no dañar a otro es imperfecta; d) Distinción de las obligaciones por su contenido, de resultado y generales de prudencia y diligencia. El deber de no dañar a otro constituye una obligación general de prudencia y diligencia. La inejecución de esta clase de obligaciones debe ser probada por el acreedor. Aún con base en la distinción de las obligaciones por su origen no es aplicable la presunción del artículo 1604. Es absurdo presumir la culpa del Estado. Entidad responsable. Responsabilidades especiales. Ferrocarriles. El procedimiento administrativo para determinar la debe preceder al judicial. Otras responsabilidades; directa; expropiación sin llenar los requisitos legales. Ley 80 de 1935.

## X

## EL CONTROL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Recursos existentes contra los actos de la administración: revocación; jerárquico y contencioso. En que consiste cada uno de ellos. Noción histórica del contencioso-administrativo. Control jurisdiccional de la administración en Estados Unidos, España, Italia y Francia. El Consejo de Estado francés. El contencioso-administrativo en Colombia. Sus orígenes. Ley 130 de 1913. Leyes reformativas. Las acciones contencioso administrativa; pública, mixta y privada. Evolución de la jurisprudencia en la consideración de los casos en que tiene cabida una u otra acción. Contencioso objetivo y subjetivo; imposibilidad de admitir esta distinción. Contencioso de anulación. Contencioso de plena jurisdicción. Crítica del sistema vigente en Colombia. Qué actos deben dar ocasión a contenciones administrativas. El control de la materialidad administrativa.

## RESOLUCION

El Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, en uso de sus atribuciones legales y considerando:

1o. Que el Dr. Lázaro Uribe Cálad regenta, desde hace más de 25 años la cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia;

2o. Que el Dr. Uribe Cálad regentó por espacio de varios años las cátedras de Medicina Legal y Toxicología y de Medicina Operatoria y Técnica Quirúrgica en la Facultad y de Medicina de la Universidad de Antioquia, y regenta en la misma Facultad, desde el año de 1919, la cátedra de Psiquiatría y Clínica Mental;

3o. —Que en el desempeño de las cátedras nombradas el Dr. Uribe Cálad se ha distinguido por sus grandes conocimientos, por su magnífica capacidad docente, por su consagración a la enseñanza y por su leal adhesión a la Universidad de la cuál es hijo dilecto; y

4o. —Que el Dr. Uribe Cálad es hombre de conducta social intachable, ha prestado al Departamento de Antioquia grandes y eficaces servicios durante varios años en la dirección del Manicomio Departamental y representó con brillo al Departamento y a la Universidad de Antioquia en el Congreso Médico de Criminología que se reunió en el mes de Julio de 1938 en la ciudad de Buenos Aires (República Argentina).

### RESUELVE:

1o. —Nómbrese al Dr. Lázaro Uribe Cálad profesor titular de la cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y de la cátedra de Psiquiatría y Clínica Mental de la Facultad de Medicina de la misma Universidad.

2o. —Solicítese del Gobierno Nacional que adjudique al Dr. Uribe Cálad la Medalla Cívica Francisco de Paula Santander, creada por la ley 14 de 1939 para premiar a los colombianos que se hayan distinguido en el magisterio o hayan contribuido en forma eminente a la cultura nacional.

3o. —Copia de esta resolución, en nota de estilo, será entregada al Dr. Uribe Cálad por la comisión que al efecto nombre el Consejo Directivo.

Medellín, Abril 11 de 1940.

**Luis Martínez Echeverri.** — Presidente del Consejo. **Ricardo Uribe Escobar** — Vicepresidente. **Alonso Restrepo Moreno.** — Decano de la Facultad de Medicina y Ciencias Naturales. **Eduardo Correa Villa** — Decano de la Facultad de Derecho. **José Miguel Restrepo** — Representante de los profesores de la Facultad de Medicina. **Carlos Palacio Calle** — Representante de los Profesores de la Facultad de Derecho. **Julio César García** — Director General de Bachillerato. **Luis A Rico R.** — Director de la Escuela de Odontología. **Alvaro Londoño Mejía.** — Representante de los Estudiantes de Medicina. **Gabriel Posada.** — Representante de los Estudiantes de Derecho. **Marceliano Posada.** — Secretario General.

## Resolución Aprobada por el Consejo Directivo de la Universidad

"El Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia deja constancia del sentimiento de pesar que le ha ocasionado el fallecimiento del doctor Juan Evangelista Martínez, ilustre jurisconsulto que honró por su talento, por su ilustración y por su probidad a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad, en la cual se formó y a la cual prestó sus servicios como profesor y como Decano; a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Bolivariana, cuyo Director era al tiempo de su muerte; al Tribunal Superior de Medellín y la Corte Suprema de Justicia cuyas magistraturas desempeñó, y al Foro Antioqueño, que lo tuvo como uno de sus más relevantes miembros.

Envíese copia de esta resolución a las entidades antes nombradas y a la familia del finado".

# PROYECTO DE ACUERDO

El Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, en uso de sus facultades legales,

## ACUERDA:

Art. 1o. —Créanse en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia tres centros de investigación, así: uno de Derecho Público, otro de Derecho Privado y otro de Ciencias Económicas y Sociales.

Art. 2o. —Estos centros comprenderán las siguientes asignaturas:

El Centro de Derecho Público. Derecho Constitucional 1o. y 3o., Derecho Administrativo 1o. y 2o., Derecho Penal 1o. y 2o. y Derecho Internacional Público.

El Centro de Derecho Privado. Derecho Civil 1o., 2o., 3o y 4o.; Derecho Mercantil 1o. y 2o.; Minas y Petróleos; Derecho del Trabajo y Derecho Internacional Privado.

El Centro de Ciencias Económicas y Sociales. Economía Política 1a. y 2a., Sociología General, Sociología Americana, Hacienda Pública y Estadística y Demografía.

Art. —3o. Son funciones de los centros de investigación:

a) Dar a los estudiantes la enseñanza de la técnica en la investigación;

b) Realizar ejercicios prácticos, estudios e investigaciones en las materias o asignaturas que comprenden los centros;

c) Verificar la enseñanza en las mismas asignaturas y ampliar conceptos expresados en las cátedras y

d) Suministrar a los estudiantes la bibliografía que deban y puedan aprovechar en sus estudios teóricos y en sus investigaciones y trabajos prácticos.

Art. 4o. —Cada uno de los centros de investigación estará a cargo de un Profesor Jefe, quien lo dirigirá con el Decano y con los profesores de las asignaturas que comprende el centro.

Art. 5o. —El personal de los centros de investigación estará integrado por los estudiantes de las asignaturas que comprenden los mismos centros.

Art. 6o. —Cada Profesor Jefe deberá dictar cada tres semanas, el día que señale el Decano, una conferencia de profundización de uno de los temas comprendidos en alguna de las asignaturas del respectivo centro. Es obligación de los estudiantes que hagan parte del centro aludido concurrir a dicha conferencia.

Art. 7o. —Todo alumno de la Facultad debe preparar y presentar cada año una monografía sobre un tema autorizado por el Decano. Sin el cumplimiento de este requisito y la aprobación de la respectiva monografía el alumno no podrá presentar exámen anual en el curso a que corresponda la monografía.

Art. 8o. Antes del 1o. de mayo de cada año los profesores Jefes de los centros de investigación propondrán los temas de monografías correspondientes a las asignaturas de sus respectivos centros, y una vez autorizados tales temas por el Decano, serán dados a conocer a los estudiantes, para que éstos opten o escojan entre los mismos temas. La elección de tema la harán los estudiantes en los primeros quince días del mes de mayo expresado. Ningún estudiante podrá escoger un tema que no corresponda a una de las asignaturas de su estudio.

Art. 9o. —Los profesores Jefes darán a los estudiantes todas las instrucciones que sean necesarias o estimen convenientes para la buena preparación de las monografías. Y los estudiantes informarán a los Profesores Jefes, cada quince días, de la labor realizada y les presentarán dicha labor, a fin de que estos puedan dirigirlos y aconsejarlos en sus trabajos de elaboración de las mismas monografías.

Art. 10. —Las monografías deberán presentarse antes del 1o. de septiembre. Serán escritas a máquina y a doble espacio. Deberán tener una extensión mínima de diez (10) páginas de tamaño oficio. Y al final de ellas se hará una cita completa de las obras consultadas y de las demás fuentes de información utilizadas.

Parágrafo. El Decano podrá prorrogar este año hasta el 1o. de Octubre el plazo para la presentación de las monografías.

Art. 11. —Las monografías serán calificadas por un tribunal formado por el Profesor Jefe que haya propuesto el tema de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8o. de este Acuerdo, por el profesor de la asignatura a que corresponda la monografía y por otro profesor jefe nombrado por el Decano.

Art. 12 —Las calificaciones se harán en esta escala: improbada, aprobada, buena y excelente.

El alumno cuya monografía fuere improbada deberá preparar y presentar otra, sobre el mismo tema o sobre otro distinto, a elección del Decano.

Art. 13 —Las monografías que sean calificadas como excelentes entrarán al concurso de que trata el artículo siguiente.

Art. 14 —Establécense tres premios para las tres mejores monografías de los tres centros de investigación que se presenten cada año, consistentes tales premios en la suma de cien pesos (\$100.00) cada uno, en dinero. Estos tres premios serán adjudicados por un jurado especial nombrado por el Decano.

Art. 15 —Los profesores Jefes de los centros de investigación serán elegidos por el Consejo Directivo de la Universidad, de ter-

nas presentadas por el Decano de la Facultad, para periodos de un año.

Art. 16 —Cada profesor Jefe tendrá una remuneración de sesenta pesos (\$60.00) mensuales y sus vacaciones se pagarán según lo establecido para los demás profesores.

Art. 17 Los profesores Jefes de los Centros tendrán los mismos derechos y deberes que los estatutos universitarios establecen para los demás profesores de la Facultad.

Art. 18. —Se deroga el artículo 262 de los Estatutos de la Universidad.

Art. 19. —Se faculta al Decano de la Facultad de Derecho para reglamentar este Acuerdo y disponer todo lo que sea necesario para la realización de los fines que con él se persiguen, inclusive para variar la agrupación de asignaturas de los distintos centros.

Medellín, Mayo 20 de 1940.

## Resolución del Consejo Directivo Universitario

El Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia,

### CONSIDERANDO:

1o. Que el día 20 del mes presente murió en Bogotá el ilustre antioqueño doctor Antonio José Montoya;

2o. Que el doctor Montoya hizo con brillo sus estudios, y se graduó en el año de 1897, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad; regentó con lujo de competencia por espacio de varios años, la cátedra de Derecho Internacional Público en dicha Facultad y la cátedra de Derecho Constitucional en el Externado de Colombia; escribió un buen tratado de Derecho Constitucional, y ejerció la abogacía durante la mayor parte de su vida con honradez, dignidad y eficiencia;

3o. Que el doctor Montoya contribuyó al prestigio y buen nombre de las letras antioqueñas, como escritor muy destacado; y

4o. Que el doctor Montoya prestó además importantes servicios a Antioquia y a la Nación como Diputado a la Asamblea Departamental, representante del Congreso Nacional, Secretario de Hacienda del Gobierno de Antioquia y Miembro de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores,

### RESUELVE:

Art. 1o. La Universidad de Antioquia lamenta la muerte del ilustre jurista doctor Antonio José Montoya y presenta al es-

tudiantado de este Instituto el ejemplo de su vida meritoria, consagrada al estudio, a la enseñanza, al trabajo profesional y al servicio de los intereses públicos.

Art. 2o. Copia de esta Resolución, en nota de estilo, será enviada a la señora viuda del doctor Montoya y a los directores de la facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia y del Externado de Colombia.

Dada en Medellín, a 27 de junio de 1940.