

ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO
FUNDADA EN 1924.

Director,

JOSE GUTIERREZ GOMEZ

Administrador-Redactor,

JAIME RESTREPO MORENO

Serie XIV

Medellín, Agosto y Sbre. de 1928

Nos. 149 y 150

Notas editoriales



UNIFICACION UNIVERSITARIA

En una República unitaria en la cual la Universidad es una dependencia del Estado y en donde se reconocen oficialmente los títulos conferidos por las universidades seccionales, es inexplicable que existan éstas de tal manera desvinculadas unas de otras que no representen nada en una facultad los estudios hechos en la de otra sección del país y sean los estudiantes sometidos a nuevos exámenes a pesar de los certificados que presenten de haber cursado y aprobado esas mismas materias. Y, es inexplicable también que ese reconocimiento oficial no tenga la debida reglamentación, puesto que no se exige el cumplimiento estricto de determinado plan de estudios.

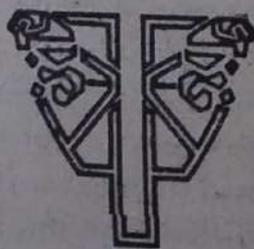
Traería grandes beneficios y daría a la universidad mayor prestigio la unificación, en tal forma establecida, que existiendo una sola universidad, reglamentada por la más alta autoridad jerárquica de la Educación Nacional, existan también tantas dependencias de ella como sea posible sosteniendo estricto cumplimiento a la reglamentación oficial.

Enemigos acérrimos de la llamada centralización universitaria abogamos por la unificación, que mantendría las universidades seccionales, reglamentándolas de una misma manera, de tal suerte que, sin restarles autonomía en su régimen interno, impusiera a todas ellas un mismo plan de estudios para que fuera rigurosamente cumplido.

Esa reglamentación, unificando la universidad, fomentaría el progreso de las seccionales y al mismo tiempo centralizaría de una manera, la única aceptable, que trae verdadera conveniencia al país y que constituye una necesidad: suprimiría de hecho las que no alcanzaran a cumplir lo impuesto a la universidad de la cual forma parte. Facilitaría el intercambio del profesorado; haría indiferente el cambio de facultad para los estudiantes que se vean—como frecuentemente ocurre—en la necesidad de hacerlo; mejoraría las universidades seccionales que no hayan alcanzado el mismo nivel de la que hoy se conoce bajo el nombre de Universidad Nacional, pues es natural y lógico que al unificar se igualaría por lo alto, y, por último, se pondría cortapisa a las innovaciones precipitadas e inconvenientes.

Al congregar a los universitarios de Colombia por medio de los estatutos de una Federación Nacional se pretende buscar, en la unión, la fuerza que necesita la juventud estudiosa para emprender las campañas tendientes a reformar la universidad para mejorarla. Una de las reformas necesarias, la que más claramente se impone, es esta de la unificación; trabajemos por ella.

José Gutiérrez Gómez



La Posesión en Filosofía del Derecho

A mi primer profesor de Filosofía,
R. P. Luis Bernardo Elizalde, S. J.
EMILIO ROBLEDO URIBE

PRIMERA PARTE

SITUACIONES DE HECHO

Posesión Mental Claramente Jurídica.—La persona que tiene un derecho, así como puede ignorar que tenga tal derecho también puede suceder que se encuentre en el convencimiento de ser ella el sujeto de dicha relación jurídica. Pues este su conocimiento, esta su persuasión, constituye un hecho de la posesión mental de su derecho. A tal hecho mental, por estar claramente motivado por un título jurídico, lo llamaremos posesión mental claramente jurídica.

Posesión Mental Simplemente Racional y Posesión Mental Irracional.—Pero puede suceder que sin existir realmente el vínculo de derecho entre el ser y la persona, ésta, sin embargo, se crea como sujeto de esa relación jurídica que ella se imagina y que en realidad no tiene existencia ninguna. Pues a tal creencia se la llama también posesión, y puede ser de dos clases: porque tal convencimiento, aunque engañoso, o procede de algún fundamento racional (como cuando se funda en algún título que por cualquier motivo desconocido resultó sin validez alguna)—a este estado de hecho, por poderse fundar en un título racional, le he llamado **posesión mental simplemente racional**—; o se funda en algo racional, como sería la ignorancia vencible, o la simple voluntad de usurpar lo que a otro pertenece—por tal motivo he llamado a este hecho **posesión mental irracional**.

Posesiones Materiales.—Son los anteriores estados de hecho puramente mentales, porque la posesión que en ellos se verifica la hemos considerado realizada tan solo por la mente. Pero existe otro estado de hecho por virtud del cual **materialemente** se hace uso de los efectos del derecho mismo y como que con obras se persuade que se tiene un derecho; tal sucede, por ejemplo, cuando una persona reclama de otra judicialmente créditos, y exhibe títulos de ellos; o cuando goza de los frutos, hace mejoras, entabla reivindicaciones, tiene su vivienda, etc., en una heredad. Este estado de hecho que necesariamente habrá de encontrarse unido, filosóficamente hablando, a alguno cualquiera de los estados mentales de que hemos tratado, lo podemos llamar **posesión material del derecho** (1).

(1) Esta necesidad es tan solo en moral y filosofía del

SITUACIONES DE DERECHO, POSIBLES CON RESPECTO AL DERECHO DE POSESION, ACTUALES CON RESPECTO AL DERECHO A LA POSESION

Derecho Claramente Jurídico a la Posesión.—Cuando un sér tiene con alguna persona un vínculo de derecho, entonces la persona sujeto de tal relación jurídica tiene, como una consecuencia emanada de su mismo derecho, la facultad de considerar que tal sér a ella complementa; es decir, tiene el poder moral inviolable para mirarse a sí misma como sujeto de sus propios derechos; y como el hecho de considerarse tal lo hemos llamado posesión claramente jurídica, a esa facultad la habremos de llamar **derecho claramente jurídico a la posesión.**

Derecho Simplemente racional a la Posesión.—La limitación del entendimiento humano es motivo para que con frecuencia suceda que con firme convencimiento se halle en un error. Esto, que ocurre en todo campo de conocimientos, con muchísima frecuencia acaece en el derecho: constantemente vemos que, con segura persuasión, sostienen los unos que les pertenecen las mismas cosas que los otros reclaman para sí; el poder conocer con evidencia absoluta la autenticidad de los derechos, remontándose hasta los primitivos títulos, es tarea difícil, que está muy lejos de poderse imponer en el comercio y en el cambio continuo de derechos; tanto más cuanto que es natural en el hombre el tener fe en la validez de sus propios actos y el tener confianza en la buena fe de quien con él contrata.

Resulta de esto que puede existir un convencimiento racional de que es nuestro un derecho que en realidad de verdad no hemos adquirido. Y si pueden existir motivos tales que le impongan al entendimiento el convencimiento de una falsación o de alguna inadecuada norma de obrar, y el derecho más aún la obligación de aceptarla y acatarla, de la misma manera, con igual o con mayor razón, puede haber motivos tales que den facultad moral, inviolable, a que tengamos la conciencia cierta de que algo forma con nosotros relación de derecho, aunque en puridad de verdad tal relación no exista. Y si al convencimiento en esta forma de tener un derecho lo hemos llamado **posesión simplemente racional**, al poder moral a considerarlos sujetos de esa relación lo podemos llamar **derecho simplemente racional a la posesión.**

derecho, pues en la ley civil, ésta, juzgando por los hechos materiales, puede considerar que haya posesión material sin que haya posesión mental.

Posesión Irracional.—Cuando una persona se considera con derecho a algo, su posesión puede adolecer de dos clases de vicios: o vicio del entendimiento, o vicio de la voluntad, como cuando conociendo que aquello de que se dice dueño es ajeno, sin embargo voluntariamente quiere considerarlo como propio. En cualquiera de estos casos la posesión es irracional y verdaderamente pecaminosa. Para este hecho de tal posesión, por consiguiente, de ninguna manera puede darse derecho, porque, como es cosa sabida, el derecho ha de ser racional en todo caso.

Derecho a las Posesiones Materiales.—No pára la persona que cree tener derecho en una posesión puramente mental, sino que sigue más lejos y obra en conformidad al estado en que su mente se encuentra. Este obrar, como hemos dicho, constituye la posesión material del derecho. Quien tenga razones que le den certeza de alguna verdad, tiene derecho, y aun el deber en ciertos casos, de obrar en conformidad a su convencimiento. De la misma manera si se tiene derecho a la posesión mental, es decir, si se tiene una facultad moral a considerar algo como nuestro, por el mismo motivo tendrá la persona facultad inviolable a obrar conforme a su convencimiento, es decir, que tendrá un derecho a la posesión material de lo que cree su derecho.

—Como pueden darse dos casos de derecho a la posesión mental, podrán darse también dos casos de derecho a la posesión material: el derecho a la posesión material correlativo o dependiente de lo que hemos llamado derecho claramente jurídico a la posesión mental, lo podríamos llamar derecho claramente jurídico a la posesión material; y el derecho a la posesión material correlativo o dependiente de lo que hemos llamado derecho simplemente racional a la posesión mental, lo podremos llamar derecho simplemente racional a la posesión material.

SITUACIONES SIMPLEMENTE ACTUALES DE DERECHO (DERECHO DE POSESION)

No siempre existe independiente el hecho de una posesión mental o material; ocurre con frecuencia que tal hecho se funda en que antes se había tenido el derecho a la posesión; en otros términos, que quien tenía derecho a la posesión mental o material, ha actuado su derecho y ya efectivamente él se considera como poseedor con su mente o con sus obras de algo que cree pertenecerle.

Cuando al hecho de la posesión de un derecho le acompaña el motivo jurídico de haber tenido derecho a tal pose-

sión, entonces el acto de la posesión de tal modo respaldado es lo que llamamos derecho actual de posesión, o simplemente derecho de posesión.

Este derecho de posesión puede ser solamente mental, cuando apenas se ha ejercido alguno de los derechos a la posesión mental, y puede ser racional cuando se ha actuado alguno de los derechos a la posesión material.

Aunque se pueda considerar el hecho de la posesión aislado del derecho a la misma, desde el momento en que se considera como motivado por ésta, el acto mismo de la posesión deja ya de ser un simple hecho para convertirse en un verdadero derecho. Porque de la misma manera que cuando sabiendo que algo es contra el orden, sin embargo voluntariamente se piensa, aunque el pensamiento aislado pueda considerarse como un simple hecho, si se llega a considerar en relación con la violación voluntaria del orden, ese mismo hecho guarda con la persona relación de algo inmoral, relación de pecado; de la misma manera, digo, el simple hecho de la posesión si se considera en relación con un derecho que para ponerlo se tuvo, viene a formar con la persona que lo ejecutó una verdadera relación de derecho. La persona se encuentra, por lo tanto, en una relación jurídica. Esto aun en el caso de una posesión material; pues esta posesión material, como consecuencia lógica de la posesión mental, como un efecto natural de ella, recibe de la misma sus cualidades y su modo de ser: así, si la posesión mental es de buena fe, es honesta, la posesión material será del mismo modo, un acto honrado y moral; si la posesión mental es viciosa, la posesión material habrá de tener ese modo de ser. Esto porque los actos materiales del hombre miden su moralidad o inmoralidad, según el estado de la conciencia a que tales actos obedecen; así, pues, si se llega a tener el derecho de considerar que algo nos pertenece, que algo completa nuestra personalidad, y obramos materialmente conforme a esta persuasión, este nuestro obrar en esta forma guarda con nosotros relación de derecho.

RESUMEN

De forma que resumiendo, tenemos:

Los conceptos filosóficamente distintos, y que en el habla común andan confundidos, que se significan con el vocablo posesión, pueden reducirse a los siguientes:

PRIMERO, ORDEN DE LAS SITUACIONES DE HECHO

a). Acto de considerar que existe una relación de dere-

cho la cual exista en realidad de verdad. Ejemplo: hecho de considerar que tenemos un derecho de crédito que en puridad de verdad nos es debido. A este hecho lo hemos llamado **posesión claramente jurídica**.

b). Acto de considerar que existe una relación de derecho la cual no exista en la realidad. Este hecho puede ser de dos clases: 1) puede proceder de algún fundamento racional; 2) puede carecer de dicho fundamento. Ejemplo del primero: cuando, por haber comprado de buena fe una heredad, creo que tengo el derecho de propiedad sobre ella. A este hecho le hemos llamado **posesión simplemente racional**. Ejemplo del segundo: un ladrón, que considera que le pertenece lo que sabe que de otro es propiedad. A este hecho le hemos llamado **posesión irracional**.

En cada uno de estos casos puede considerarse sólo mentalmente que se tiene un derecho, y entonces tendremos la **posesión mental claramente jurídica**, la **posesión mental simplemente racional**, y la **posesión mental irracional**, respectivamente. Puede también considerarse por medio de actos materiales que se tiene tal o cual derecho, y entonces tenemos la **posesión material claramente jurídica**, la **posesión material simplemente racional** y la **posesión material irracional**, respectivamente.

SEGUNDO. ORDEN DE LAS SITUACIONES O ESTADOS DE DERECHO, POSIBLES CON RESPECTO AL DERECHO DE POSESION, ACTUALES CON RESPECTO AL DERECHO A LA MISMA.

a). Derecho a considerar que existe una relación de derecho la cual tenga existencia en realidad. Ejemplo: derecho a considerar que tenemos un derecho de crédito que en puridad de verdad nos es debido. A este acto lo hemos llamado **derecho claramente jurídico a la posesión**.

b). Derecho a considerar que exista una relación jurídica que en realidad no existe. Ejemplo: derecho a considerarse propietario de una heredad que de buena fe se haya comprado con un título justo, mas no válido. A este derecho lo hemos llamado **derecho simplemente racional a la posesión**.

Como puede haber posesión mental y material, podrá considerarse también en cada uno de los casos anteriores o el derecho a la posesión mental o el derecho a la posesión material, y así tendremos: derecho claramente jurídico a la posesión mental y derecho claramente jurídico a la posesión material; derecho simplemente racional a la posesión mental y derecho simplemente racional a la posesión material.

Obsérvese que siempre que hay derecho a una posesión mental lo hay a la correlativa posesión material, y viceversa; la una es una consecuencia de la otra.

TERCERO. ORDEN DE LAS SITUACIONES DE DERECHO ACTUALES CON RESPECTO AL DERECHO DE POSESION

a). Derecho actual de considerar que existe una relación de derecho la cual tenga existencia en la realidad. Ejemplo: derecho de considerar actualmente que tenemos un crédito que en puridad de verdad nos es debido. A este derecho actual lo hemos llamado derecho claramente jurídico de posesión.

b). Derecho actual de considerar que exista una relación de derecho la cual no tenga existencia en realidad. Ejemplo: derecho actual de considerarnos propietarios de una heredad que de buena fe haya sido comprada con un título justo mas no válido. A este derecho le llamamos derecho simplemente racional de posesión.

Podrá haber derecho claramente jurídico de posesión mental, y derecho claramente jurídico de posesión material, lo mismo que derecho simplemente racional de posesión mental, y derecho simplemente racional de posesión material, según si se actualiza el derecho a la posesión mental o el derecho a la posesión material por medio de una aprehensión con el entendimiento o con nuestras obras.

En su punto estudiaré la naturaleza especial de la posesión viciosa. (Véase página 992).

SEGUNDA PARTE

ANALISIS DE LOS CONCEPTOS ANTERIORES

Las posesiones puramente mentales como algo que no se manifiesta en el mundo exterior, no pueden ser tenidas en cuenta por la ley positiva, sino que quedan reguladas por los fueros internos de la conciencia individual. Tales posesiones, como actos del entendimiento y de la voluntad, pueden ser objeto de la psicología, y como actos morales pertenecen al estudio de la teología moral, en la que forman tan delicados como discutibles problemas de conciencia.

Pero una vez que tales situaciones del espíritu se manifiestan en el mundo exterior, por la íntima relación que tienen con los derechos (ya que son posesiones de derechos), y por ser ellas mismas en muchos casos, como lo hemos visto,

verdaderos derechos, la ley positiva tiene necesidad de entrar a regularlas.

La calidad de ser posesiones materiales es la que les da importancia para poderse regular por leyes positivas, pero la calidad de posesiones mentales es la que les presta y comunica su valor moral y jurídico. Por esto, en esta parte del estudio, en que se mira no la forma como la ley civil ha considerado tales actos, sino cómo deben ser estudiados en el derecho natural en la filosofía del derecho, consideraremos los actos materiales de posesión como fieles trasuntos de los actos mentales.

Derecho Claramente Jurídico de Posesión Material.—

Nada más claro y racional que quien tenga un derecho tenga también el derecho de considerarse sujeto de esa relación, y de obrar en conformidad con ella; al obrar de este modo ejercita el derecho de posesión material de su derecho. Este derecho de posesión, si bien puede tener importancia en moral (ya que se encuentra en distinta condición de conciencia el que tiene la evidencia absoluta del valor de sus títulos que aquel que cree tiene el derecho, sin haber profundizado en el estudio de la validez del título que lo garantiza), no la tiene especial en sus consecuencias jurídicas, pues la comprobación de su existencia se encuentra sometida a la comprobación de la existencia del derecho mismo que se posee, y así viene a confundirse prácticamente con las consecuencias jurídicas de éste.

Derecho Simplemente Racional de Posesión Material.

—Pueden existir motivos tales que nos persuadan a considerar con el entendimiento y con las obras que una cosa guarda con nosotros relación de derecho. Cuando provistos de tales motivos tenemos tal persuasión, se verifica lo que hemos llamado **derecho simplemente racional de posesión material.**

• Dos elementos esenciales se requieren, por consiguiente, para tener el derecho de posesión material: 1) que existan motivos racionalmente suficientes a considerar que tenemos un derecho; y 2) que se verifique tal aprehensión con el entendimiento (buena fe), y con las obras. El elemento primero es lo que se llama en los códigos **justo título.**

Elemento primero.—“Que existan motivos racionalmente suficientes a considerar que tenemos un derecho—Justo Título—”

Los motivos que mueven a considerar se tiene un derecho, pueden ser tales, que comprueben ellos mismos la existencia del derecho que se posee; en tal caso se ve con toda claridad que la persona tiene derecho de considerarse con tal derecho; por esto, a este acto lo hemos llamado **derecho claramente jurídico de posesión**; así si alguno llegare a compro-

bar que del verdadero propietario, por los medios jurídicos, ha comprado algún fundo, ese tal tendría un motivo claramente jurídico a considerarse propietario; los motivos de esta clase, que producen toda fuerza, que a la vez comprueben el derecho mismo, es lo que en los códigos se llama **títulos válidos**, en oposición a los que no producen fuerza alguna, a los que se llama **títulos injustos**. En un término medio de unos y otros se encuentran los **títulos justos**, los motivos simplemente racionales del derecho a la posesión.

Por las razones que antes apuntamos (*náginza*) pueden existir y es necesario que en la ley civil sean admitidos ciertos motivos que aunque no comprueben la existencia de un derecho, si den fundamento a considerar que existe tal relación jurídica. Así es racional que quien, creyendo por buenas razones que otro era propietario, le compra una heredad, tenga la facultad moral inviolable de considerarse dueño, hasta que se compruebe el motivo de su engaño. Hay motivos simplemente racionales, por consiguiente, que pueden dar origen al derecho simplemente racional de posesión material.

Estos motivos deben ser sancionados por la ley civil. Pero puede suceder que la ley no los sancione, así como puede darse el caso en que una legislación sancione como título justo lo que por irracional o inmoral no puede producir ningún derecho. En el primer caso el derecho de posesión material se origina y el actual detentor de la cosa está obligado a la restitución de ella (a no ser que se encuentre él mismo en condiciones de poseedor iguales o mejores de las que tiene el mero poseedor mental), aunque éste no pueda hacerse valer por acciones civiles. En el segundo no puede admitirse jamás derecho alguno, ya que lo irracional y lo inmoral, aunque la ley lo diga, no produce derecho. Esto no pueden admitirlo los que sólo admiten la existencia del derecho positivo humano y niegan el derecho natural y divino. Puede darse otro caso: Cuando la ley sanciona como título algo que es indiferente en el simple derecho natural; en tal caso, el motivo produce verdadero derecho, no sólo en el fuero externo, sino en el interno; pues los asociados deben conocer las leyes, y si se someten a las leyes que no sean inmorales, tienen la obligación y los derechos que de sus actos se deben desprender.

Elemento segundo. "Que se verifique tal aprehensión racional con el entendimiento—buena fe—y con las obras".
Con el entendimiento—buena fe.—Esta buena fe se define: "la convicción íntima de tener un derecho". Para poder tener tal convicción es necesario tener fundamento para creer que en la adquisición del derecho no se han violentado las leyes justas, tanto civiles como naturales; desde el mo-

mento en que se crea otra cosa la convicción desaparece, y la buena fe se cambia en lo que hemos llamado posesión mental irracional.

Algunas legislaciones, y entre ellas la nuestra, sólo dan importancia a este elemento moral e intelectual de la buena fe para la adquisición misma del derecho de posesión material, mas no en la conservación de este derecho, si bien en cuanto a su consecuencia jurídica de la percepción de frutos sí se le da importancia a la buena fe y a la mala al tiempo de la recolección.

En filosofía del derecho, la buena fe, la convicción íntima y racional de tener un derecho, es un elemento necesario para tener facultad inviolable de posesión material de tal derecho; esto porque la posesión material sigue, como lo hemos visto, el modo de ser de la posesión que se verifica con el entendimiento, y así, desde que falte el derecho de posesión intelectual, es decir, si llega la buena fe a dejar de existir, en ese mismo instante la posesión material deja de tener su elemento jurídico, para transformarse en el simple hecho del derecho de posesión que ya no existe,

Cuando se quiere impugnar el derecho de posesión material que se crea tenga alguna persona, y para ello se alegue la mala fe de que ella adolece, es claro que la prueba debe correr a cargo del que impugna, porque todos tienen derecho para que los individuos y la ley los consideren como hombres honrados, y para poder destruir tal presunción es preciso que quien tal pretenda presente ante todo motivos convincentes.

Y con las obras.—Este es el elemento visible y palpable cuando existe el derecho de posesión material; este elemento aisladamente contemplado, es el hecho del derecho de posesión, y, al mismo tiempo, es el hecho del derecho que se posee; cuando no se contempla a la luz de la filosofía la existencia de aquellos hechos y de aquellos derechos de posesiones mentales de que hemos hablado, y cuando no se conocó o no se pára mientes en el derecho de posesión reconocido por las leyes, entonces este elemento visible y palpable aparece solamente como el hecho del derecho principal; a este elemento, de este modo considerado, se le denomina por el vulgo posesión; de ahí que muchos autores, teniendo en cuenta sólo esta significación vulgar y aldeana de la palabra posesión, consideren que siempre el concepto que con ella se expresa sea el de una situación de hecho con respecto al derecho principal; pero ya se verá (página 998) que esta confusión del hecho del derecho de la posesión material, lo mismo que el derecho mismo de tal posesión, con el simple hecho del derecho que se posee o se dice poseer, es imperdonable en el campo de

la filosofía y del derecho.

Existen mil modos naturales por los cuales el hombre manifiesta visiblemente que tiene la posesión mental de algún derecho; estas formas que manifiestan que se mantiene o que se conserva la posesión se llaman modos adquisitivos y conservatorios de la misma. Con especialidad se estudian al contemplarla en la formalista legislación de los romanos.

Estos modos pueden ser racionales o irracionales; legales o ilegales. Son racionales cuando con ellos de ningún modo se ofende la ley natural ni la ley justa positiva; ejemplo: la aprehensión del bien mueble comprado; son irracionales en el caso contrario. Son legales cuando tales modos se encuentran por la ley sancionados; ejemplo: el registro de los bienes inmuebles.

Existen dos clases de modos de adquirir la posesión que son de manera clarísima inmorales, y en un todo contrarios a razón y a derecho, y que, por lo mismo, han sido condenados por todas las legislaciones de los pueblos civilizados de la tierra; son, por consiguiente, a la vez que inmorales, contrarios a la ley; tales son: el modo de adquirir la posesión por medios clandestinos, y el modo de adquirirla por la fuerza o violencia.

No es el caso de hacer ahora un estudio de la clandestinidad y la violencia. Basta observar aquí que la fuerza y la clandestinidad dicen sólo relación a la forma de adquisición del derecho de posesión. Vamos a explicarnos: quien tenga derecho a la posesión material de algún derecho sobre el cual otra persona tiene el hecho de la posesión material, si para adquirir el hecho de su derecho de posesión, del cual se halla privado, acude a la violencia, no por eso debe perder su derecho a la material posesión; lo único que ha pasado es que ha ejecutado un acto inmoral e ilegal, que no ha tenido fuerza y valor alguno para hacerle realizar de modo racional el derecho que aún tiene.

La posesión material que haya alcanzado, y que no se fusiona con el derecho a la posesión que aún le queda, para formar el derecho actual de posesión material, por la ineptitud moral o legal del medio empleado, es lo que se llama **posesión viciosa**.

Resumen. Por consiguiente el derecho simplemente racional de posesión material, menos excelente que el derecho claramente jurídico de tal posesión, pero que es un derecho, y no como opinan muchos, un simple hecho, se constituye por un derecho a la posesión, motivado por un título racional (justo título), y actualizado de un modo espiritual por la posesión mental (buena fe), y materialmente por medio de

un obrar desprovisto del vicio de clandestinidad y de violencia.

EFFECTOS DEL DERECHO DE POSESION

Prescripción. Dos fenómenos se verifican en la prescripción: a) la usucapión por parte del poseedor; b) la pérdida de la propiedad por parte del antiguo propietario.

a) **Usucapión.**—Hemos definido el derecho en el estudio publicado en el número anterior de esta Revista: la relación que existe entre la persona y lo que la completa; y título secundario del derecho: aquello que muestra con toda claridad que tal relación se ha formado. Entre el trabajador y el fruto de un trabajo vemos que se forma una relación, en virtud de la cual éste complementa la persona de aquél, y esto por el **motivo** de que lo ha trabajado. La forma de la materia especificada guarda relación de complemento de la persona del artífice; tiene éste sobre ella un derecho, y como título de él tiene el ejercicio de su propio arte. De la misma manera, entre la persona que ejercita el derecho de posesión y el objeto del derecho que posee, se forma, por motivo del derecho de posesión, una relación de complemento: se adquiere, pues, con el título de la posesión continuada, un nuevo y efectivo derecho. Así, quien ejercita el derecho de posesión material de un fundo, durante el tiempo prescrito por la ley, adquiere el derecho de propiedad sobre él.

Efectivamente: quien ejercita el derecho de posesión sobre una cosa le comunica su personalidad de manera tan clara como la comunica el trabajador o el artífice que la especifica; por consiguiente debe formar con él, como con éstos formaría, una relación de derecho. Hasta puede decirse que la cosa puede tener mayor grado de unión con el que la posee que con el que la pretende o especifica. Aquél obra sobre ella considerándose como que actualmente tiene un verdadero derecho; esto sólo con la expectativa de tenerlo; el poseedor a su actual obrar en la persuasión de tener el derecho puede agregar su obrar anterior, el ejercicio anterior de su personalidad, que por un motivo imprevisto no fue poderoso a darle en realidad el tal derecho. A esta adquisición del derecho mismo por el que tiene el derecho de posesión, continuado en la forma legal, se llama **usucapión**, y ahora más comúnmente, **prescripción**. La prescripción bajo este respecto de adquisición de derecho es, por lo visto, algo que se funda en ley de naturaleza aún independiente de la ley positiva.

El título de esta adquisición es la continuación en el tiempo del derecho de posesión. Efectivamente: si el poseedor, por ejemplo, comprara el objeto de su derecho de pose-

sión; entonces podría decirse que la usucapión se ha verificado; mas si el mismo poseedor adquiere el mismo objeto por el uso continuado y legal del derecho de posesión, entonces cabe, y con toda razón, decir que lo ha prescrito. Se equipara según esto el ejercicio del derecho de posesión para adquirir por prescripción el derecho a los títulos ordinarios de adquirir el derecho en los casos comunes; es, pues, tal duración temporal del derecho de posesión lo que se presenta como motivo o título de la usucapión; el derecho de posesión actuando en el tiempo legal ha sido el título de la prescripción; es ésta, por lo tanto, una consecuencia o propiedad de aquélla.

b) Pérdida de la propiedad por parte del antiguo propietario. Siendo una de las propiedades del dominio la perpetuidad en el derecho, no puede ser aceptada de ninguna manera que por actos ajenos, sin más ni más, se pierda; no puede atribuirse a acto ni derecho alguno del poseedor la pérdida del propietario antiguo; tal privación tiene de buscarse como efecto de sus propias acciones. Así, cuando se especifica una materia, el propietario de la substancia bruta no pierde, por el mero hecho de que otro la especifique, el derecho que tiene a la materia; su derecho persiste, mas en la imposibilidad de coexistencia con el derecho del especificante, se encuentra en el deber de enajenarlo, y éste en la obligación, por decirlo así, de adquirirlo, pagando la indemnización correspondiente. A un acto de propietario a su enajenación se atribuye, por tanto, la actual privación de su derecho. Clarísimo se ve en todos los otros casos cómo entra el acto de propietario como factor indispensable para la privación de su derecho: basta ver lo que pasa en las donaciones, compra-ventas, legados, transacciones, etc.; algo igual debemos encontrar en la pérdida por motivo de una prescripción.

Es bien sabido que de dos maneras principalmente puede un propietario desprenderse de su derecho: por acto voluntario, o como pena por un acto indebido.

El que tiene el derecho de posesión mental, quien considera con el entendimiento, apoyado en motivos racionales que algo le pertenece, es natural que obre en conformidad a ésta su persuasión; si un poseedor material no le permite obrar de esta manera, entonces, si no acude al medio de vencer el obstáculo, es porque acepta lo que el otro ejecuta; y como éste tiene la cosa como suya, entonces lo que aquél hace con su silencio y no obrar es renunciar a favor del otro el derecho a la cosa. En tal caso puede atribuirse a acto voluntario la renuncia que hace del derecho.

Mas no es éste el caso que con frecuencia se da en la rea-

lidad ni a él obedece la institución de la prescripción. En general sucede que los propietarios que tienen derecho de posesión mental y consideran actualmente que la cosa es suya, ignoran que algún otro la posea con actos materiales, y, por consiguiente, en este engaño en que ellos se encuentran, jamás puede explicarse la pérdida de su derecho por alguna renuncia voluntaria, pues que en su ánimo está el mantenerse en él. Tal explicación viene a toparse por este otro camino: un engaño en punto tan importante cual es el del ejercicio de la propiedad y los derechos que en realidad se sabe que se tienen, es naturalmente imposible durante cierto tiempo, a no ser que se explique por la indolencia y culpa del que tenga el derecho; además, la sociedad requiere que los que consideren que tienen derechos, no se mantengan en simples posesiones mentales, sino que, para el bien, materialmente actúen y las muestren con obras; a quien tal no hace la sociedad lo considera culpable ante ella misma. En estos casos la ley natural como que castiga la culpa e indolencia de los propietarios con la pérdida actual de sus derechos. Son sus actos u omisiones culpables lo que de ellos lo privan.

Véase en este caso el por qué de la idea de tiempo que siempre aparece en la prescripción. Y es que sólo puede haber culpa cuando se obra durante un tiempo conveniente, pues que a nadie se le puede olvidar a ejercitar por cada instante los derechos que tenga (1). La ley civil es la encargada de fijar este tiempo, pues que la natural no nos lo determina.

Además de los casos estudiados puede darse otro caso: cuando el que es verdadero propietario, aunque así sea, no tiene el derecho de posesión mental, no considera y ni siquiera sabe que tiene su derecho. Este caso no puede resolverse por una renuncia voluntaria, como es claro verlo, y tampoco por culpa en el nó obrar, puesto que mal podría hacer tál si ni siquiera sabía que era propietario. Aunque pueda decirse que la misma ignorancia de su derecho durante cierto tiempo, pueda atribuirse a su indolencia, y aplicar, por tanto, en estas circunstancias los principios anteriores, sin embargo no siempre ello es así: puede ocurrir el caso de que esta ignorancia sea invencible, por ejemplo: un ausente, un infante, un demente, que ignoran sus derechos sin culpa suya. Para eludir estos casos, la leyes han creado los representantes legales, y si aun con estas creaciones puede darse el desconocimiento

(1) Así vemos que en los bienes mostrencos y en los vacantes, así como en abandono y en caso de tesoro, en que se mira ya perdido el derecho del propietario, el poseedor adquiere al tiempo del hallazgo un completo derecho.

de un derecho, estos son ya casos particulares, en que debe intervenir, más que las leyes positivas y la filosofía del derecho, la teología moral, para determinar las obligaciones en conciencia de los poseedores regulares, de los que tienen el derecho de posesión para con los propietarios que se hallaren en estas particulares circunstancias.

Resumen. Es, pues, la prescripción un efecto que nace del derecho de posesión material de algún derecho; una vez transcurrido el tiempo en que el antiguo propietario queda privado de lo que antes tenía, entonces, la cosa ya sin dueño, completa la personalidad de quien la ha tenido como suya; el que antes tenía solamente un derecho simplemente racional de posesión material de un derecho, adquiere ésta en verdad; y quien tenía el claro derecho de posesión jurídica ha conseguido un título que, aunque nada agregue a su anterior derecho, sí le habrá de servir en la defensa contra el que se pretenda propietario.

Frutos.—El que tiene derecho de posesión debe tener derecho de considerarse con la facultad de percibir los frutos una vez que ellos sean producidos. Esto porque tiene derecho de considerarse como propietario del derecho mismo, y entre las facultades de los propietarios verdaderos se encuentra, como es obvio y bien sabido, y como se probaría si estudiáramos el derecho de propiedad y no el de posesión, la del derecho posible a los frutos que la cosa produce.

Las mismas razones que nos han servido para demostrar que es la usucapión una de las consecuencias que emanan del derecho de posesión, servirán ahora para demostrar que este derecho da al poseedor los frutos que la cosa produce, es decir, la posesión actualiza el derecho de los frutos que durante su ejercicio se hayan dado. El poseedor, para adquirir los frutos, ha aplicado, ha desarrollado de un modo racional y legítimo su personalidad; deben, por tanto, completarse, aprovecharle a él, los efectos de su propio trabajo.

El que es propietario de una cosa y tenga el nudo derecho sobre ella, mas de la posesión se encuentre desprovisto, aunque tenga un derecho a los frutos, sólo tiene un derecho posible de percibir los frutos. Me explico: el derecho a percibir los frutos que tiene todo propietario es un derecho que se subordina al ejercicio del derecho de posesión; una vez que verificándose ésta el fruto se produce, entonces aquel derecho se actualiza, y de simple derecho a los frutos lo vemos convertido en un derecho actual de ellos; esto porque sólo con la posesión material se comprende que la personalidad obre de tal manera sobre el objeto del derecho que reclame los frutos del trabajo como un complemento de su pro-

pio ejercicio.

El propietario que no posee, no puede, por consiguiente, reclamar para sí los frutos de la cosa que a él le pertenece; no ha actualizado su derecho, y, por lo tanto, los frutos percibidos no son suyos. No ha perdido el propietario anterior, a diferencia de lo que hemos visto al hacer el estudio de la usucapión, ningún derecho de los que antes tenía; lo único que ha pasado, según lo visto, es que no ha actuado el derecho posible que tenía y que todavía en tal estado de posible le queda. Por esto mismo, porque el propietario nada ha perdido en este caso, por eso sin duda alguna no vemos aparecer con respecto al derecho de frutos la idea de tiempo que acompaña siempre a la prescripción de la propiedad por parte de poseedores.

La ley natural, por esto, admite que quien tiene el derecho de posesión material, sin esperar a prescripción ninguna, tiene derecho sobre los frutos que la cosa produzca.

Acciones posesorias.—El que tiene un derecho tiene por ello mismo la facultad de defenderlo por los medios legales; los modos establecidos por la ley para defensa de los derechos de los poseedores se han llamado acciones posesorias; el estudio adjetivo o procedimental pertenece al código de enjuiciamiento, y no tiene cabida en esta parte; las disposiciones sustantivas del código civil deben inspirarse en el principio general que se ha indicado: el dueño de un derecho tiene la facultad de impedir que otro le estorbe en su ejercicio y, si injustamente lo hubiere perdido, a recuperarlo por los medios legales.

La confusión de los filósofos entre el derecho de posesión, lo mismo que la posesión y el hecho del derecho que se posee, no se compadece con la defensa posesoria. Veámoslo.

El derecho de posesión, en cuanto a su forma visible, en cuanto al hecho de la posesión material, desnaturalizándolo, considerándolo sin respecto a la posesión mental, es lo mismo que el ejercicio o posesión material del derecho que se posee; de aquí que todos los autores que conozco, confundiendo aquel hecho con la posesión verdadera, hayan dicho tratando del dominio: "la propiedad es el derecho; la posesión es el hecho".

Esto, a mi modo de ver, es un error. Uno es el hecho material del ejercicio de un derecho, y otro formalmente distinto es la posesión material en el derecho de posesión del mismo; uno y otro los podemos considerar independientes: así, el mandatario ejercita todos los hechos materiales de un derecho, y sin embargo no puede decirse que tiene la posesión

material del derecho mismo, la cual tiene el mandante; un demente puede obrar materialmente como si tuviera un derecho, y sin embargo, su obrar, su hecho, no puede considerarse como una posesión material. Para que exista posesión material es necesario que exista posesión mental, pues la posesión material no es, en filosofía, sino el hecho de la posesión mental, y ésta no se requiere para el simple ejercicio de un derecho.

Tal hecho en un principio, cuando ni los filósofos ni los jurisconsultos habían estudiado todavía las consecuencias jurídicas de la posesión, fué algo idéntico a la posesión material; pero ya el concepto filosófico, como lo hemos visto, y sobre todo el jurídico, como en seguida lo veremos, de la palabra posesión, ha variado grandemente, y es imperdonable el confundirlo con el hecho del ejercicio del derecho que se posee.

En el lenguaje jurídico se denomina con la palabra posesión lo que hemos llamado derecho de posesión material; es éste el sentido más usado, pues sólo bajo el respecto de derecho de posesión material puede tener, como antes se ha visto, sus efectos jurídicos más importantes: la prescripción, los frutos y las acciones posesorias. Decir, pues, con ese alcance de la palabra posesión que "la propiedad es el derecho y la posesión es el hecho", o como se pudiera generalizar que el derecho de posesión material es el hecho del derecho que se posee, es algo que traspasa los límites de contradicción manifiesta.

La facultad moral inviolable de posesión material de un derecho es algo muy distinto del derecho que se posee, y absolutamente otro del hecho de este derecho. Es tan distinto del derecho que posee, que puede muy bien existir el derecho de posesión material de un derecho sin que este derecho exista: tal sucede siempre que se tiene lo que hemos llamado derecho simplemente racional de posesión material. Del mismo modo, todo el mundo distingue con toda claridad el derecho en sí del derecho claramente jurídico de posesión material del mismo; así, a vista de ojos está la diferencia entre el derecho de propiedad y el derecho de considerarse uno con su mente y con sus obras propietario verdadero.

Si tal derecho de posesión material de un derecho es distinto del derecho mismo, con mayor razón lo es de su simple hecho, de su simple ejercicio: lo uno es un hecho, lo otro es un derecho; aquél como hecho, para su existencia de tal, no necesita ningún motivo jurídico o racional; éste para la suya, necesita el estar respaldado por la fuerza de la razón; para tener el hecho de la propiedad, por ejemplo, basta

el obrar como obran los propietarios; para tener el derecho de posesión material del derecho de propiedad, es necesario el derecho de la posesión mental, y, por consiguiente, motivos racionales que den facultad inviolable al entendimiento para considerar que se es propietario, motivos tales que eleven el obrar al plano de lo racional y lo jurídico. Un simple hecho no puede producir consecuencia ninguna de derecho; esto sería hacer el efecto superior a la causa, y, sin embargo, el derecho de posesión material da origen a la prescripción y a las acciones posesorias lo mismo que al derecho de frutos, como en su punto lo hemos estudiado; luego es un absurdo el considerar el derecho de posesión material de un derecho como si fuera su simple hecho; es actualmente falsa la frase aquella tan común: "La propiedad es el derecho, la posesión es el hecho".

Establecida esta diferencia se puede comprender por qué existe una doble manera de defender un derecho: sosteniendo el derecho directamente, alegando su verdadera existencia, o sosteniéndolo indirectamente, procurando mantener el derecho de posesión material de ese derecho. Puede haber casos, como ocurre siempre en derechos simplemente racionales de posesión, en que hay motivos racionales capaces de mantenerlos en la posesión material del derecho, cuando no los haya o no sean tan claros para comprobar la realidad de éste; aun en el caso de que estos motivos sí se encuentren, siempre tiene importancia para el sujeto del derecho el poder valer su derecho de posesión material, pues se verifica, conforme a la ley, de manera más fácil y expedita.

Sin la distinción nadie podría reclamar un simple hecho, a no ser que comprobara su derecho; luego la acción se reduciría a una sola, a comprobar la existencia real de su derecho. Y viceversa, quien perdiera un juicio, el hecho sería porque habría sido incapaz de probar su derecho y había de quedar perdido de una vez para siempre. Por el contrario, con la distinción se puede recobrar y comprobar un mismo hecho bajo doble respecto: como hecho del derecho de posesión, y como hecho del derecho mismo que se tiene.

POSESION IRRACIONAL

Si pudieran existir derechos irracionales, en vez de estudiar ahora la posesión irracional, estudiaríamos el derecho irracional de posesión. Pero como tal facultad no puede darse, porque lo inmoral y contrario a razones no puede ser objeto de derecho, dedúcese que todo el que se encuentre en posesión irracional de algún derecho, sólo se encuentra en

una desordenada e injurídica situación de hecho.

Hemos visto ya que tal estado no alcanza a ser jurídico, por vicios del entendimiento o de la voluntad. Estudiaremos ahora los efectos del derecho de posesión material en relación con esta posesión irracional.

Longi temporis praescriptio.—La prescripción trentenaria si bien es una institución de derecho positivo que consulta las necesidades sociales, no puede justificarse en los casos singulares, a la luz del derecho natural, la inmoralidad de la posesión irracional; porque la simple sucesión en el tiempo no puede convertir en bueno lo que en sí es malo y reprochable.

El propietario injustamente privado de su posesión se encuentra en condiciones más difíciles para recuperar la posesión material que el que la haya perdido directa o indirectamente por medios racionales y legítimos; pues por el mismo hecho de ser su posesión injusta se encuentra frente a frente de la mala fe, el engaño, la ocultación, la violencia, etc., de los usurpadores; de aquí que difícilmente y sólo por excepción puede ser persuadido de indolencia o descuido en el ejercicio de su derecho, para privarlo de él por esta culpa; por tanto, no adquiere el poseedor irracional ni pierde el propietario el derecho en la cosa que materialmente aquél posee y que legítimamente este conserva.

El motivo que justifica la l. t. p. es que por ella, la razón y la ley lo que sólo pretenden es dar más fácil defensa a los que tienen el derecho de posesión pero que por cualquier motivo imprevisto han perdido el título racional o justo que la hacía valedera ante la ley civil; pues es lo más natural y general el presumir que quien ha obrado durante tanto tiempo como si hubiera tenido un derecho, lo haya tenido en realidad, y que tal presunción le sirva de reemplazo del título que se le haya perdido, o de un medio fácil de probar su derecho. Protegidos por esta presunción podrán los poseedores irracionales (ya que no deben en ley positiva ser excluidos de la l. t. p., por la casi imposibilidad de comprobar su injusticia después de tanto tiempo, y porque esto daría origen a que se quisiera perturbar la posesión de todos los demás so pretexto de injusticias en tiempos lejanos, lo que iría en un todo contra el orden social), podrían, digo, ante la ley civil, impedir que el verdadero propietario largamente desposeído pueda recuperar su posesión, y favorecido con ella mantenerse en su injusta situación de hecho. Mas la ley natural ordena que los poseedores de esta clase restituyan lo ajeno a quien le pertenece. Es este uno de los muchos casos en que una ley justa considerándola en cuanto al orden social pue-

de favorecer verdaderas inmoralidades en casos particulares.

Frutos.—Siendo el derecho a los frutos una emanación del derecho a la propiedad, cuando no se tengan éste ni aquél por algún título particular, entonces no puede haber en ninguna forma derechos a los frutos. Si el poseedor irracional no tiene ni siquiera derecho a considerarse propietario, con mayor razón por el mero hecho de ser poseedor, tampoco tendrá derecho a aspirar a los frutos de aquello que posea. Estos en caso que se produzcan deben pertenecer al propietario; pues se considera que el detentor ha obrado sobre la cosa o en cualquier forma ha desarrollado su actividad, a nombre de aquel a quien le impide por sus actos injustos actuar de esta manera.

Pero como toda persona tiene derecho a su propio trabajo, resulta que el poseedor irracional, a pesar de ser tál, debe tener derecho a que sus propias obras a él le complementen, aunque sus obras no den por resultado (pues que no es propietario de la cosa ni como tál puede él considerarse) el que los frutos sean suyos; aunque no pueda ser retribuido con estos productos del objeto, sí debe ser compensado por alguna manera: debe como obrero en cosa ajena tener el derecho de su propio salario, en relación con los trabajos hechos. Esto dice la ley natural y puede confirmarlo, por lo tanto, una ley positiva. Mas también la razón dice que el acto inmoral que el poseedor ha hecho debe ser castigado; y este castigo, así como puede ser la reclusión o cárcel, podrá ser la pérdida del derecho de su propio trabajo, del salario que por él corresponda.

Este derecho del salario no puede decirse que sea algún efecto de esa posesión irracional. De ninguna manera: la causa del derecho es el trabajo que, a pesar de la posesión irracional, tiene de ser retribuido; tal posesión, lejos de ser motivo, puede ser causa para la privación del derecho.

Acciones posesorias.—A nadie es permitido, salvo caso de inminente peligro, el hacerse justicia por propia autoridad. Para hacer valer cada uno de nuestros derechos ofendidos está la autoridad civil o pública, una de cuyas más trascendentales funciones es la garantía de todos los derechos de los asociados. Quien violentando esta ley natural arrojara por su fuerza o dolo al poseedor, aunque tuviera aquel derecho de verdadero propietario y éste la calidad de poseedor irracional, ese tal ejecutaría un acto no solamente digno de castigo, sino también inapto para actuar su derecho que a la posesión tenía y convertirlo en un derecho de posesión material de aquello que le pertenece; porque por medios contrarios a razón y derecho no puede alcanzarse condición alguna ver-

dadera y jurídica.

De lo anterior se desprende que el poseedor irracional tiene derecho de exigir que quien por tales medios, sea quien fuere, pretenda sacarlo de su estado de hecho, o efectivamente lo arroje de su condición de poseedor deba ser contenido en sus pretensiones o privado y despojado de las consecuencias de su hecho injusto.

Esta acción de los poseedores irracionales por ninguna manera puede decirse que es una consecuencia jurídica de su estado de hecho. Es más que todo una consecuencia del modo inadecuado como obró su contrario, un efecto de la ofensa que a su propia persona se ha hecho y un castigo que la ley natural y, en general, la positiva imponen a quien usa de medios por ellas prohibidos. Prueba de que no es un efecto jurídico de la situación del poseedor irracional la conservación en tal estado, es que si el propietario o el que hubiera tenido derecho a la posesión hubiera hecho uso de los medios legales, habría sido privado ya por siempre del estado de hecho de su posesión irracional. Si de hacer uso de los medios legítimos su situación sería destruída, nadie podrá alegar y sostener que de la misma emana un derecho que clama por la conservación y la restitución de su estado de hecho irracional.

Resumen. Es la posesión irracional un estado o situación de hecho inmoral, en un todo contra ley y derecho, que como tal no puede ni crear propiedad por prescripción alguna, ni el derecho de frutos ni el de obrar en justicia.

Nota.—No considero el derecho de mejoras ni el derecho de retención como consecencial del derecho de posesión ni de la simple posesión de hecho.

El derecho de mejoras es un derecho de propiedad que tiene como título alguno de los títulos del dominio, y en caso ninguno la posesión de hecho o la jurídica.

El derecho de retención es un medio escogido por la ley entre los muchos racionales que existen para hacer valer los derechos que tenga una persona; así escogió retención, como pudo haber establecido multas, cárceles, embargos y expropiaciones; no es, por consiguiente, una consecuencia natural del derecho de posesión, sino consecuencia de derechos distintos que pueden tener y de los cuales los poseedores pueden encontrarse desprovistos.

EXCARCELACION POR HOMICIDIO

(Magistrado ponente, Dr. Tobías Jiménez).

Tribunal Superior. — Sala de Decisión. — Medellín, agosto treinta y uno de mil novecientos veintiocho.

VISTOS

En el memorial que precede solicita el señor defensor de Cristóbal Franco reconsideración y revocatoria del auto en que el Tribunal confirmó el enjuiciamiento de Franco, apelado únicamente en la parte en que se negó a éste el beneficio de excarcelación.

Se funda el peticionario en el hecho de que, a su juicio, se trata de un homicidio simplemente voluntario de los menos graves, en lo cual no está de acuerdo con el señor Juez del conocimiento, quien se apoyó para negar el beneficio en el hecho de haber considerado que se trata de un caso de homicidio voluntario de los más graves.

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que, según el claro tenor del artículo 2.º de la Ley 52 de 1918, numeral 5.º, en relación con el 38 de la Ley 104 de 1922, no hay derecho a excarcelación en ningún caso de homicidio simplemente voluntario. Claro está que no pueden catalogarse entre éstos los absolutamente inculpables.

Debe decirse que al respecto no hay jurisprudencia uniforme en el país, y que nuestros jueces superiores han venido concediendo el beneficio de excarcelación en los casos de homicidio voluntario que han considerado menos graves.

El Tribunal Superior de Bogotá ha decidido, ya en uno, ya en otro sentido. En providencia de diez de junio de mil novecientos veinticinco, publicada en los Nos. 97 y 98 de la *Revista* de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, resolvió aquel Tribunal en sentido adverso a la excarcelación en los casos de homicidio simplemente voluntario.

La Sala, después de maduro estudio, ha llegado a la conclusión anotada atrás, esto es, a la de que no son excarcelables los sindicados o procesados por el delito de homicidio simplemente voluntario.

Para mayor claridad se copian a continuación los textos legales:

“Art. 2.º (Ley 52 de 1918). No se podrá conceder libertad provisional a los sindicados o procesados por los delitos siguientes, en los casos que merezcan pena de presidio o re-

clusión:

.....
 5.º Envenenamiento, asesinato, homicidio premeditado, homicidio simplemente voluntario, y parricidio en los casos más graves”;

“Art. 38 (Ley 104 de 1922). No se podrá conceder libertad provisional a los sindicados o procesados de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 2.º de la Ley 52 de 1918, sea cual fuere la pena que tales delitos merezcan”.

Lo primero que se observa es que la redacción y puntuación del numeral 5.º está indicando de manera clara, rotunda, que sólo en los casos menos graves de parricidio, como en el de la madre que mata al hijo recién nacido para ocultar su deshonra, se puede conceder el beneficio. En segundo término se advierte que el legislador de 1922 restringió los casos de excarcelación, al ordenar que ésta no se concediera a los sindicados o procesados por cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 2.º de la Ley 52, no sólo cuando éstos tuvieren señalada pena de presidio o reclusión sino en el caso de que tuvieren señalada cualquiera otra pena.

Se dirá que conforme al artículo 340 de la Ley 105 de 1890 no se puede dictar auto de detención sino cuando se proceda por delito o culpa que tenga señalada pena de presidio o reclusión; pero a ello se contesta que, precisamente en esa parte, quedó modificado el citado artículo 340 por el 38 de la Ley 104, modificación que el mismo legislador de 1922 hizo constar expresamente en el artículo 43 de la aludida ley. Allí también se hizo constar de modo expreso la modificación del artículo 2.º de la Ley 52.

Por otra parte, si como algunos lo pretenden, la expresión en los casos más graves que usa el numeral 5.º, artículo 2.º de la Ley 52, no se refiere sólo al parricidio sino a todos los delitos especificados en ese numeral, se llegaría al absurdo de que habría que conceder excarcelación en los casos menos graves de asesinato, los cuales castiga la ley con la pena de diez y ocho a veinte años de presidio.

“En el asesinato, dice el artículo 597 del Código Penal, se reputan como más graves los casos definidos en los ocho primeros números del artículo 586; y como menos grave el que señala el número 9.º del mismo artículo”.

“El asesino, en el caso menos grave, definido en el artículo 597, sufrirá la pena de diez y ocho a veinte años de presidio” (Art. 599 del C. P.)

Siguiendo pues el orden de ideas de quienes entienden que la expresión en los casos más graves cobija todos los delitos del numeral 5.º, se llegaría a la conclusión de que habría

que excarcelar a cierta clase de asesinos que la ley castiga con gravísima pena.

No debe tampoco perderse de vista que el Código Penal no divide los homicidios simplemente voluntarios en más o menos graves, cosa que sí hace con respecto a los parricidios y a los asesinatos en los artículos 597 y 615.

Todo lo anterior tiende a indicar que la coma que aparece en el numeral 5.º del artículo 2.º, después de **simplemente voluntario** y antes de **parricidio**, no se puso allí por error de redacción, de copia o de impresión sino de voluntad de los legisladores.

En el proveído del Tribunal de Bogotá a que se ha hecho referencia, se lee al respecto lo siguiente:

“En cinco textos diferentes, contando del proyecto original de la ley hasta la ley autógrafa, en todos los pliegos distintos en que hubo necesidad de escribir la disposición para que llegase a ser ley, a través de toda la tramitación que sufrió el proyecto primitivo, se halla, invariablemente, colocada la coma en cuestión. El proyecto y el artículo fueron modificados notablemente, pero siempre se mantuvo la coma de que se hace mérito, lo que prueba, junto con los otros argumentos que se han aducido, que la expresión **en los casos más graves** del inciso tantas veces citado, se refiere de modo especial y único al parricidio”.

Si se arguyere que aunque la ley no haya definido casos más ni menos graves en los homicidios simplemente voluntarios, es lo cierto que los hay, se contesta que también los hay, aunque sin definir, en los homicidios premeditados y en los envenenamientos, como puede verificarse al leer, v. g., el artículo 596 del Código Penal, donde se señala la pena de ocho a doce años de presidio para cierta clase de homicidios premeditados.

El argumento de más peso que podría invocarse para defender la teoría de la excarcelación en los homicidios denominados simplemente voluntarios es el de que alguna de las comisiones que informaron sobre el proyecto que fué luego la Ley 52 de 1918 fué de parecer que debía reformarse el proyecto, en el sentido de conceder excarcelación en los casos de homicidio simplemente voluntario contemplados en los artículos 601 a 608 del Código Penal; pero la verdad es que la reforma no se hizo en ese sentido, bien porque ella no hubiera sido admitida o bien porque los informantes hubieran presentado un texto de reforma que no corregía el mal que en el proyecto creyeron encontrar. Parece más lógico suponer lo primero, por las razones antes aducidas, porque el proyecto que la comisión revisó negaba la excarcelación en los

casos de homicidio voluntario, y porque nada más fácil que haber introducido la reforma diciendo por ejemplo: "Excepciónse los casos de homicidio comprendidos en los artículos 601 a 608 del Código Penal".

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el numeral 5.º tantas veces citado, es absolutamente claro en su contexto y sentido, razón bastante para que no pueda desatenderse en su tenor literal pretextando la consulta de su espíritu, conforme al claro tenor del artículo 27 del Código Civil.

Por vía de doctrina, bien pudiera interpretarse aquel numeral si él fuera oscuro, incongruente con otras disposiciones, o absurdo; pero ocurre que no está en ninguna de estas condiciones, porque es claro como la luz, no está en contradicción con ley alguna y no conduce, ni mucho menos, al absurdo. Sólo así podría recurrirse, para su interpretación, a la historia fidedigna de su establecimiento (artículo 27 citado).

Para concluir, debe recordarse que no le es dado al fallador "tomar en cuenta lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su interpretación" (artículo 31 del C. C.); y dejar consignado que, de acuerdo con el pensamiento del señor Juez 3.º Superior de Bogotá, en auto de veinte de marzo de mil novecientos veinticinco, "es preciso reaccionar contra la doctrina establecida, pues hoy ya, de acuerdo con semejante doctrina, es raro el homicidio que no tenga excarcelación, pues siempre se alegará que hay otros más graves, y así todos los delincuentes más se tardarán en llegar a la cárcel que en salir de ella".

Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revocatoria del auto anterior.

Previas las formalidades legales, devuélvase el expediente.

Tobías Jiménez.—Luis Sierra H.—Ricardo Uribe Escobar.—Luis Arango F., Secretario.

Glosas a una Sentencia del Tribunal Superior de Medellín

El proveído de 31 de Agosto del año actual sobre excarcelación, proferido por el Tribunal Superior de Medellín, ha sido considerado como una pieza jurídica de importancia, y por eso, sin duda, se ha dispuesto su publicación en la Revista del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia. Tal auto ha de ser objeto de estudio para los estudiantes de Derecho.

Mas como éstos lo han hallado contrario a sus ideas y a los verdaderos principios jurídicos de que se van empapando, han estimado que no pueden publicar tal providencia en su Revista, si no va acompañada de los comentarios que hagan visibles los errores del Tribunal.

Verdaderamente sería de desear que existiera una publicación encargada de glosar las Sentencias de ésta Corporación, pues así se conseguiría quizá mayor cuidado en las providencias judiciales y se evitarían los errores que con extraordinaria frecuencia se cometen, de que la sociedad ni siquiera se da cuenta.

“Es lo cierto, dice la Sala, que según el claro tenor del artículo 2.º de la Ley 52 de 1918, numeral 5.º, en relación con el 38 de la Ley 104 de 1922, no hay derecho a excarcelación en ningún caso de homicidio simplemente voluntario.”

En primer lugar, no es tan claro el tenor de una disposición que ha dado origen a constantes discusiones y a resoluciones diversas de todas las autoridades judiciales. La providencia que estudiamos expresa: “Debe decirse que al respecto no hay jurisprudencia uniforme en el país, y que nuestros jueces superiores han venido concediendo el beneficio de excarcelación en los casos de homicidio voluntario que han considerado menos graves”. En segundo lugar, es perfectamente errónea la doctrina de que no hay derecho a excarcelación en ningún caso de homicidio simplemente voluntario.

El Tribunal argumenta basado siempre en la letra de la ley, y todo lo encuentra claro y rotundo; pero no se permite elevarse una sola vez a consultar su espíritu, ni llega a considerar los absurdos a que lo lleva su sistema de hermenéutica. De ahí que de la redacción y puntuación del numeral 5.º, citado, deduzca que sólo en los casos menos graves de parricidio, como el de la madre que mata al hijo recién nacido para ocultar su deshonra, se puede conceder excarcelación.

Extraña preferencia ésta del legislador por el delito de parricidio, contraria al sentimiento unánime de la humanidad

y al espíritu que informa nuestra legislación sustantiva. Porque, en efecto, cuando el homicidio voluntario lo castiga el artículo 600 del Código Penal con una pena de seis a doce años de presidio, el parricidio voluntario en la persona de un ascendiente o del cónyuge, se castiga con veinte años de la misma pena; cuando el homicidio premeditado se castiga con doce a diez y ocho años de presidio (Art. 595), el parricidio premeditado se castiga con veinte años, siempre (Art. 615, C. P.). Y luégo en el Art. 618 establece: "En los casos no previstos especialmente el parricidio se castigará con las penas que corresponderían si se tratase de simple homicidio, aumentadas en una cuarta parte más; pero si el delito se hubiere cometido en un ascendiente, el aumento será de la mitad". Véanse igualmente los artículos 633 y 652 sobre envenenamiento y heridas.

Y ahora el Tribunal sienta la jurisprudencia, de que es "claro, rotundo", que la ley ha puesto todas sus complacencias en los parricidas, de modo que, exceptuando los casos más graves, perfectamente definidos como tales en el artículo 615, que son los que castigaba esa disposición con pena de muerte y que hoy se castigan con veinte años de presidio, en todos los demás casos el parricida puede gozar de excarcelación, el parricida sólo, y ningún otro homicida. En verdad que eso es muy "claro" y "rotundo", y muy jurídico, y no conduce al absurdo ni contraría en modo alguno el espíritu de la Legislación. Pero qué le vamos a hacer si la redacción y la puntuación del numeral 5.º del artículo 2.º de la ley 52 de 1918, "está (sic) indicando de manera clara, rotunda, que sólo en los casos menos graves de parricidio.... se puede conceder el beneficio" (de excarcelación).

¿Será éste el espíritu de la ley? Es absurdo pensarlo siquiera. ¿Será esa la simple interpretación gramatical? Tampoco.

No hay duda: nos falta gramática. Si así no fuera, se habría visto que esa puntuación, que esa coma de que nos habla nuestro Tribunal y que tanto rastreó el de Bogotá, según aparece del texto que se cita como argumento formidable, está en abierta oposición con todas las reglas de puntuación castellana, pues no hay chiquillo que no sepa que la conjunción Y suple la coma entre los dos últimos miembros de una enumeración.

Contempla el Tribunal la objeción que podría hacerse con base en el artículo 340 de la ley 105 de 1890, que no permite dictar auto de detención por delitos que no merezcan pena de presidio o reclusión, y expresa que está reformado por el artículo 38 de la ley 104, modificación que el mismo legisla-

dor hizo constar en el artículo 43 de la aludida ley, y agrega: "Allí también se hizo constar de modo expreso la modificación del artículo 2.º de la ley 52".

¿Y podrá decir lo mismo del artículo 3.º de la Ley 52 de 1918? En qué parte ha dicho la Ley 104 que reforma esta disposición? Pues óigase lo que dice:

"Si el delito porque se procede o a que se contrae el su-
mario tuviere señaladas penas distintas de las de presidio o
reclusión, no habrá lugar a detención preventiva del sindicado,
ni a prisión del procesado y la presentación se obtendrá
por órdenes de comparendo".

La disposición es terminante: "no habrá lugar a detención preventiva del sindicado, ni a prisión del procesado", cuando la pena no es de presidio o reclusión. ¿Podrá, pues, algún funcionario, en casos de homicidio o de envenenamiento que no merezcan pena de presidio o reclusión, ordenar conducir a la cárcel al sindicado o procesado para darse el gusto de decirle después: no se le concede excarcelación porque usted no es parricida? Si lo hiciera, obraría contra ley expresa y se haría delincuente.

Por tanto, eso que se dice del artículo 340 de la ley 105, es perfectamente innocuo. Y pretender que la ley 104 dispone encarcelar, sea cual fuere la pena, es pretender el absurdo de que se trate más severamente al simple sindicado que al reo convicto de delito.

Pero el más famoso argumento del Tribunal es el siguiente:

"Por otra parte, si como algunos lo pretenden, la expresión en los casos más graves que usa el numeral 5.º, artículo 2.º, de la ley 52, no se refiere sólo al parricida sino a todos los delitos especificados en ese numeral, se llegaría al absurdo de que habría que conceder excarcelación en los casos menos graves de asesinato, los cuales castiga la ley con la pena de diez y ocho años de presidio".

El mismo absurdo resultaría de conceder excarcelación a los parricidas en todos sus delitos, excepto en los más graves, que son los únicos excluidos por la letra del artículo 2.º ordinal 5.º de la ley 52, señalados éstos expresamente por el artículo 615 del Código Penal. Si hubiera alguno que interpretara la disposición del ordinal 5.º, como lo pretende el Tribunal, daría una interpretación tan absurda como la que le da el mismo Tribunal en favor del parricidio.

Y es que no se comprende por qué hemos de vivir con la mirada hacia el suelo, a caza de palabras, en vez de levantar el espíritu para entender las cosas.

El Código Penal no ha definido en parte alguna la pala-

bra "grave", ni ha dicho qué es "delito grave", ni tenía por qué perder tiempo en semejante necedad. Para cada delito ha determinado la pena, y a nadie se le oculta que a mayor pena corresponde mayor gravedad del delito en la mente del legislador. Cuando dice, pues, no se concede excarcelación a tales delitos en los casos más graves, no es preciso ir a rastrear el Código para ver dónde dice: "esto es más grave", ya que a cualquiera le basta ver las penas señaladas a los diversos delitos comprendidos en el grupo, para saber cuáles son más graves.

Si nos fijáramos en la simple denominación de los delitos enumerados en el ord. 5.º que se estudia: envenenamiento, asesinato, homicidio premeditado, homicidio simplemente voluntario y parricidio, y preguntáramos a cualquier persona: ¿cuál de estos delitos es más grave?, de seguro que no habría la menor discrepancia, pues toda persona contestaría sin vacilar: el parricidio. Lo mismo dice el Código Penal, puesto que en igualdad de circunstancias lo castiga siempre con mayor pena, exceptuando el caso en que se trate de la pena máxima—veinte años de presidio—porque ese límite no se puede traspasar. Y se pretende—"doctrina" del Tribunal—que es el único delito contra la vida de las personas que admite excarcelación.

De todos esos delitos—en tesis general—el menos grave es el homicidio simplemente voluntario. El envenenamiento, el asesinato y el parricidio, culminan en veinte años de presidio; el homicidio premeditado en doce; y el simplemente voluntario en seis. De suerte que de todos estos delitos los que tengan señalada pena de seis o más años de presidio son los más graves para los efectos del ordinal 5.º, y en ellos no cabe excarcelación. En relación con éstos, los que tengan en determinadas circunstancias pena menor de seis años, son menos graves y admiten excarcelación, y decimos en relación con éstos, porque si admitimos el "menos graves" como lo asienta el Tribunal, se buscaría la manera de resolver que en cada delito hay sólo una especie que sea menos grave y que sólo a esa se le concedería excarcelación, ya que en términos absolutos no puede haber más que una cosa que sea menos grave, por el superlativo de régimen que forman estas palabras.

El artículo 597 en que funda el Tribunal su peregrino argumento, es una disposición perfectamente inútil y ociosa, dado que a los casos de los ocho primeros numerales del artículo 586 les señala la ley la pena máxima y al 9.º sólo la de diez y ocho años de presidio. No es, pues, un gran descubrimiento, ni mucho menos una necesidad y sí una cosa superflua, decir que la ley reputa más graves los ocho primeros casos de asesinato y menos grave el último.

En el envenenamiento tenemos el caso contemplado en

el artículo 631, inciso segundo, que se castiga con pena de apercibimiento y con exigir fianza de buena conducta. Según el Tribunal en el fallo que comentamos, al individuo que incurra en esa falta hay que meterlo a la cárcel sin beneficio de excarcelación. En cambio al parricida, en el caso que cita dicho fallo, que tiene como mínima pena un año de prisión, se le concede libertad con fianza.

Otro caso de envenenamiento es el del artículo 626, castigado con tres meses de prisión. Este no tiene excarcelación, pero aquél que se castiga con nueve meses más de la misma pena, sí. ¿Por qué tan hermosa lógica? Porque el Tribunal de Bogotá recorrió los archivos del Congreso buscando una coma, y la encontró en los originales y en las copias, y esa coma hace que los parricidas tengan privilegios especiales, y los que no lo sean deban soportar el vejamen de la cárcel, aunque su delito sólo pueda ser castigado con apercibimiento.

El homicidio en el caso del artículo 605 del Código Penal se castiga con prisión de cuatro a ocho meses. Según la doctrina que se estudia no tiene excarcelación. Pero el parricidio que se castiga con uno a tres años, sí la tiene. Y la interpretación que conduce a esto, dizque es la lógica, porque la contraria lleva al absurdo.

Nosotros sostenemos que hacer decir a una disposición legal semejantes cosas, so pretexto de interpretarla o de no interpretarla, es el colmo del error.

Que no se debe perder de vista que el Código Penal no divide los homicidios simplemente voluntarios en más o menos graves, cosa que sí hace con los parricidios y asesinatos. Ya hemos dicho que estas son superfluidades del Código, pues la gravedad de los delitos se determina por la pena con que se les castiga; pero tampoco en lo que afirma tiene razón el Tribunal, porque el artículo 602, al señalar la pena de tres a seis años de reclusión al homicidio en riña promovida por el que murió, agrega: "Lo propio se aplicará a los delitos que, a juicio del Juez, sean menos graves, entre los definidos en los números 1.º, 2.º, 4.º, 5.º y 7.º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial", y ese artículo 587 es el que señala los casos de homicidio simplemente voluntario.

Son, pues, **menos graves** todos los delitos señalados en el artículo 602 del Código Penal y castigados con tres años de reclusión, como mínimo, y todavía menos graves, los descritos en los artículos 603 a 609 de la misma obra, que tienen penas menores.

Expresa el Tribunal que el "argumento de más peso" que se le podía oponer sería el de que alguna de las comisiones que informaron en el Congreso sobre el proyecto de la ley 52,

fue de parecer que debía concederse excarcelación a los responsables de los homicidios contemplados en los artículos 601 a 608 del C. P.; "pero la verdad es que la reforma no se hizo en ese sentido, bien porque ella no hubiera sido admitida o bien porque los informantes hubieran presentado un texto de reforma que no corregía el mal que en el proyecto creyeron encontrar".

La reforma no se hizo, pues, porque no se admitió o porque no la supieron presentar. No se sabe qué sería; pero también pudo suceder que hubieran presentado la fórmula que les da el Tribunal: "Exceptúanse los casos de homicidio comprendidos en los artículos 601 a 608 del Código Penal", y se les hubiera dicho: eso es inútil, porque sin tal fórmula la ley queda diciendo exactamente lo mismo, y que en vista de ello hubieran retirado la proposición.

Además ese "argumento de más peso", pesaría tan poco, que tal vez no habría quién lo propusiera.

Pero ocurre que el Tribunal no ve más que claridad en su doctrina (afortunadamente no hay doctrina), pues dice: "Por vía de doctrina, bien pudiera interpretarse aquel numeral si él fuera oscuro, incongruente con otras disposiciones, o absurdo; pero ocurre que no está en ninguna de estas condiciones, porque es claro como la luz, no está en contradicción con ley alguna y no conduce, ni mucho menos, al absurdo".

Es raro, repito, que en una claridad tan espléndida, haya habido tantas divergencias y que nos hayamos tenido que pegar de las penosas investigaciones sobre la coma del Tribunal de Bogotá, y acoger los pobres conceptos del Sr Juez 3.º Superior, también de Bogotá, que, según parece, está pegado del gran concepto de que en el asesinato son más graves los casos que se castigan con veinte años de presidio y menos graves los que se castigan con diez y ocho.

En resumen: para no llegar al absurdo, hay que admitir que el espíritu del ordinal 5.º del artículo 2 de la Ley 52 de 1918, es que se concede excarcelación en los casos de todos los delitos allí enumerados que tengan una pena inferior a la de seis años de presidio, que es el mínimo que corresponde al menos grave de esos delitos en los casos generales, por la sencilla razón de que todos los casos que tengan pena inferior ya no son más graves. Así no presentaremos al legislador dando protección especialísima a los parricidas, porque eso es absurdo; ni obligando a llevar a la cárcel a un individuo que sólo merece apercibimiento, porque eso es absurdo también; ni deteniendo a quien merece tres o cuatro meses de prisión, y dando libertad a quien merece un año de igual pena por el solo hecho de que éste es parricida, pues esto es más absurdo

todavía; ni deteniendo a sindicatos o procesados que sólo merecen pena de prisión, arresto, etc., o pena corporal, porque eso viola el artículo 3.º de la Ley 52 de 1918.

Y por lo demás, dejemos al Sr. Juez 3.º Superior de Bogotá, en su furor, reaccionar contra la ley, en vez de interpretarla consultando su espíritu y armonizando todas sus disposiciones. La sed de cárcel es un mal guía para interpretar las leyes penales, porque da tanta claridad que ofusca, y el "letrerismo" es algo peor todavía.

No queramos que la ley nos lo dé todo hecho, y que nos enumere uno por uno, cosa perfectamente inútil, los casos que se comprenden en la denominación de **más graves** entre un grupo de delitos. Algo puede quedar a la inteligencia del Juez.

Pedro P. Betancourt



SOCIALISMO

(APARTES DE UN ESTUDIO).

DIFERENCIA ENTRE COMUNISMO Y SOCIALISMO.

I

Acercas de este punto hemos leído diversas opiniones, a saber:

1.º) Ambos se confunden, pero el primero es un término anticuado empleado solamente cuando se estudia la historia de la propiedad. También puede decirse que el primero es una negación definitiva del derecho de propiedad, y el segundo también pero de manera más disimulada;

2.º) El socialismo afirma que sólo los medios de producción son de propiedad común y el comunismo que los de producción y de consumo;

3.º) El comunismo es palabra genérica; el socialismo es una de sus variantes, opuesta al anarquismo que es otra.

Sacamos en resumen que esas tres opiniones convergen en que el comunismo es el todo y el socialismo la parte; de donde todo socialismo es comunismo, pero no al contrario, pues están en la misma relación que el género respecto de la especie; así todo hombre (género) es animal (especie), pero no todo animal es hombre.

Hay entre ellos la diferencia que en la tesis siguiente marcaremos entre socialismo absoluto y moderado. Pero no obstante estas distinciones, en la práctica se usan indistintamente ambos términos.

DIVISION DEL SOCIALISMO

En el socialismo se pueden considerar dos partes: la positiva, que es: Debemos destruir la sociedad tal como hoy existe porque su régimen es malo por naturaleza. En este punto están todos de acuerdo;

La segunda parte es la negativa, que se puede formular así: ¿Qué forma daremos a la sociedad? De ésta resultan las disenciones y es la génesis de las divisiones que ponemos en seguida.

La división suprema es en Absoluto y Moderado, según que niegue el derecho sobre toda clase de bienes inclusive los fungibles, y—en este caso se llama también integral—o que únicamente lo admita sobre éstos, y entonces se llama tam-

bién Parcial.

Pero el socialismo a pesar de su infinita variedad que todos los días aumenta con distintos nombres según el capricho de sus cabecillas, se puede reducir a tres clases o círculos a los que llegan como radios todas sus variantes. Estos son el Colectivista, el Agrario y el del Estado.

La primera rama es el socialismo propiamente dicho, y se puede definir: Sistema que sueña con sustituir la iniciativa del individuo por la del Estado y la propiedad privada por la común.

El socialismo Agrario es el sistema que admite la propiedad individual de los bienes muebles, pero sostiene que la de la propiedad raíz es no sólo inconveniente sino ilegítima.

El socialismo del Estado es el que sostiene que el Estado debe normalizar los asuntos industriales que continuamente se ven sujetos a irregularidades.

Hablemos de cada uno en particular.

SOCIALISMO COLECTIVISTA

Quiere dar al traste con el régimen actual, porque están temerosos de que los cubra bajo sus escombros. Es intolerable la organización que reconforta al rico y pisotea al pobre, que da modo de vivir, brazos cruzados al primero, mientras el pueblo trabaja y se mata por prodigarles aún mayores comodidades; el porvenir del pueblo está suplantado por el actual régimen; hay que remover éste para que surja aquél.

Esta es la parte positiva, en la que todos están de acuerdo.

Mas, ¿cómo hacer la igualdad?

Juan Jacobo Rousseau dijo que el verdadero fundador de la sociedad civil fué aquel que "tuvo la ocurrencia de tender un cercado y decir: esto es mío....." Original y extraña teoría es ésta, y más aún su exclamación: "Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas hambres y miserias no hubiera evitado al género humano aquel que, arrancando el cercado y cubriendo los fosos hubiera gritado a sus semejantes: Guardaos de escuchar a ese impostor, estáis perdidos si os olvidáis que los frutos son de todos y la tierra no es de nadie".

¿Hicieron su felicidad los ricos a costa de los pobres? Esta es la tesis común entre los colectivistas. Tanto la riqueza como la pobreza no se originan una de otra, sino que ambas provienen de la desigualdad accidental que existe entre los hombres.

SOCIALISMO AGRARIO

Si este socialismo está basado en las razones de Spencer, que sobre ser netamente teóricas son demasiado exageradas, no reviste importancia.

Dice, en resumen, el citado autor que es inadmisibile la propiedad privada de los bienes raíces porque quien los posea tendrá derecho exclusivo sobre ellos, por lo que se agotaría el haz de la tierra, quedándose con ello muchos hombres sin palmo de ella dependiendo de los propietarios dizque porque aún para vivir necesitarían de su consentimiento.

Daremos a esta tesis una refutación ad hómitem bien sencilla, y es que los mismos que comulgan con estas ideas reconocen la propiedad privada de los bienes muebles y, ¿serán éstos inagotables? Absolutamente no. Entonces siendo lógicos, tendrían que ser socialistas absolutos y nó moderados.

Además, es tesis manifiesta en filosofía del derecho que éste es limitado por sus cuatro elementos entre los que se cuenta la materia, luego no es razón suficiente el que ella se agote para que no exista el derecho, pero sí sería si fuera ilimitada como sucede con el aire, la luz, el agua del mar, etc. La Encíclica "Rerum Novarum" condena este socialismo.

Los partidarios del error que refutamos han objetado en pro suya que en la América Latina impera el mismo socialismo: en ella la casi totalidad de los terrenos son de la nación. Si acaso no tienen fundamento sólido de su aserto, nosotros, concretándonos a Colombia, corroboramos su aserción en cuanto que sí existen terrenos de la nación. Para ello traemos a cuento el inciso primero del artículo cuarto de nuestra Constitución, que dice: "El territorio con los bienes públicos que de él forman parte pertenece únicamente a la nación".

A nadie se oculta que la población de Colombia es ínfima con relación a su extenso territorio, de donde como consecuencia necesaria, resulta que gran parte de él esté baldío. Y, ¿qué hacer? El que encuentre visos de lucro en esta pregunta bien puede hacerse a una parte del terreno llenando los requisitos que la ley exige, y así sacará a su patria del fango del socialismo agrario a que lo han llevado los cerebros enfermos.

¿Se deberá dar a cada habitante una parcela hasta distribuirlo todo? Nadie la recibirá. Y ¿sería justo que cada cual tuviese su terreno que puede ser con el tiempo fuente de riqueza sin haber impreso su sello el él? Y, ¿si nada hace el propietario, qué será de los linderos dentro de cincuenta o cien años cuando se presente la oportunidad de beneficiar el

campo? ¿Los actuales hijos de Colombia acaso tengan más derecho del que debiera corresponder a los que nazcan en esos cincuenta años? Además, sólo en la repartición se emplearía más dinero de lo que hoy valen los terrenos. Este proceder es pues inadmisibile.

Se dirá que se den a compañías explotadoras. No hay necesidad de tanto aparato; el que eso opine funde la compañía y adquiéralos. Lo señalado es que sean de todos; pero si todos formamos la nación, deben ser de ésta, y así se tendrá una entidad abstracta que administre, y serán de todos en común pero de nadie en particular.

A pesar de esta comunidad relativa no se nos puede tachar de socialistas, pues éste no consiste precisamente en el hecho sino también en la teoría, y no profesamos por sistema tal comunidad sino por necesidad. Prueba de ello es que cada día, a medida que las distintas industrias van creciendo y el comercio se va ensanchando, los bienes baldíos de la nación van disminuyendo hasta que llegue el día en que nada posea. Pasa pues, todo a la inversa del socialismo agrario: en éste se procura la comunidad, entre nosotros se trabaja por reducirla; ellos predicen que en un tiempo todo será en común, y nosotros que nada; ellos tienen la comunidad como fin y nosotros como medio.

Las partidas de este sistema se encuentran al tratar del modo como se deben hacer pasar las tierras al Estado. Han emitido sus secuaces sobre ello diferentes resoluciones que manifiestan los diversos grados de empecinamiento en que se hallan.

Unos disparan sin ambages contra la justicia y la ley Naturales (seguramente los más pobres). Quieren que se proceda a expropiar a todo el mundo sin indemnización; otros hay más moderados: quiénes afirman que se debe indemnizar a los propietarios; quiénes que los bienes raíces no se hereden sino que cuando muera el terrateniente pasen al Estado. Conforme con el sistema, está dentro de estas opiniones la que niega la indemnización, puesto que no existe un derecho ilegítimo y tal juzgan ellos el de propiedad; a aquél a quien se ha expropiado no se ha inferido injuria y no hay por qué retribuirle, pues se le despoja de lo que no le pertenece.

Más original es la solución que propone Henry George. Dice que se graven tanto las propiedades que el propietario tenga que entregarlas al Estado o que si no lo hace, quede convertido en arrendatario del mismo.

Esto es inadmisibile. El Estado no puede intervenir con los asociados sino para hacerles bien, nunca para limitar su

libertad y disponer de ellos como de propiedad constituida por derecho.

SOCIALISMO DEL ESTADO

El socialismo del Estado es el reverso de la escuela individualista que proclama la independencia del hombre con respecto al Estado.

Este socialismo es la absorción completa del individuo por el Estado; aquél no es nada, éste es todo. El Estado posee y administra las industrias y empresas financieras, dirige todas las instituciones sociales, provee a toda clase de necesidades, en una palabra es el apoderado general del individuo, con poderes ilimitados.

Se abusa aquí de las atribuciones del Estado, porque él está constituido para ayudar al individuo en sus relaciones sociales, no para aniquilarlo; para fijar el radio de sus acciones, no para sustituirlo; para garantizar derechos, no para negarlos; en una palabra para resguardar los derechos individuales que, al sentir del cardenal Prisco son patrimonio natural del hombre, y no para abusar del poder que se le da con el fin de ofrecer las garantías sociales que se hallan en las cartas fundamentales de todos los países.

DEL PRECIO

Antes de estudiar el sobreprecio, precisa tener concepto claro y distinto del precio.

En la mercancía se distinguen **valor en uso** y **valor en cambio**. El primero es la aptitud de la cosa para satisfacer nuestras necesidades y depende de las condiciones físico-químicas; el segundo es la relación que entre sí guardan los valores en uso para cambiarse unos por otros.

Dice Marx que el valor en cambio depende del trabajo invertido en la mercancía, porque este valor es algo común a todas las cosas y estas no tienen nada que sea tal fuera del trabajo absorbido, el cual se calcula teniendo en cuenta la habilidad media del trabajador.

Nosotros sostenemos que lo que determina el valor en cambio es el valor en uso, aunque también influye el trabajo.

Ya desde la antigüedad había dicho Aristóteles que las mercancías tenían que tener algo que les fuera común para que comparadas unas con otras se pudiera determinar su precio. Este algo es su utilidad o valor en uso.

Estudiemos la palabra "precio". Viene del vocablo griego *xpeja* que ha sido traducido por Santo Tomás, por necesidad;

otros lo han traducido por USO; entre ambas hay correlación necesaria, porque una cosa en tanto se necesita, en cuanto la exige el uso, e inversamente en tanto se usan las cosas en cuanto se necesitan. La etimología de esta palabra favorece nuestro aserto.

No se nos diga que nuestra tesis es falsa porque el aire, la luz, etc., tienen valor en uso y no lo tienen en cambio, porque además se requieren otras condiciones para determinar el valor en cambio. En efecto, el cambio es un contrato en que cada uno entrega su derecho y bien sabemos que cuando la materia es ilimitada no existe aquél. Hay valor en uso sin valor en cambio pero no existe el caso contrario.

Si las cosas suceden como Marx lo afirma, a qué vienen las obligaciones impuestas a los vendedores de manifestar y responder de los defectos y vicios redhibitorios de los que venden, siendo que el trabajo absorbido no ha variado?

El valor en cambio es una cosa muy subjetiva; basta recordar cómo los indios despreciaban el oro a cambio de juguetes insignificantes. Esto se explica fácilmente porque, en fin de cuentas, en el precio entran dos elementos, uno subjetivo que es la estimación que el individuo tiene del objeto (de aquí que el valor de los objetos varíe según la persona) y otro objetivo que es la bondad de la cosa considerada en sí misma.

El precio en uso es más general que el precio en cambio porque éste es en cierto modo precio en uso, de modo que no se puede dar precio en cambio que no lo sea en uso, pero sí se puede dar precio en uso que no lo sea en cambio; tal sucede con los bienes cuya materia es ilimitada, como el agua del mar.

II

TEORIA DEL SOBREPRECIO

Podemos definir el sobreprecio: valor del trabajo del obrero no retribuido por el capitalista, o sea el valor en uso de su trabajo.

Marx considera el trabajo del obrero como una mercancía, que él vende a menos precio del que realmente vale; eso que le falta a la remuneración para completar el precio real del trabajo es el sobreprecio. Distingue también en el trabajo del obrero, como en las mercancías, valor en cambio que es el precio de los medios de subsistencia que en condiciones normales necesita el trabajador, y valor en uso que es el excedente de trabajo que se aprovecha el capitalista y cuyo valor debiera darse al obrero.

Supongamos que la jornada sea de diez horas, y que el

obrero necesita regularmente para sostenerse, un dólar, el que gana en cinco horas; el sobrepeso es el otro peso que valen las otras cinco horas que no pertenecen al capitalista sino al obrero. El valor de las cinco primeras horas es el valor en cambio, y el de las cinco restantes es en uso.

III

EJERCITO DE RESERVA INDUSTRIAL

A tal punto lleva a Marx su obsesión—o mejor la obsesión lleva a Marx—que ha llegado a decir que un tejedor moderno con su maquinaria puede presentar un trabajo cien veces mayor del que pudiera presentar hace un siglo, de modo que para lo que antes se necesitaban cien obreros hoy sólo se necesita uno y los noventa y nueve restantes quedan sin trabajo. Estos constituyen “la reserva industrial”.

A causa de este exceso de brazos el salario tiene que rebajar lo que redundaba en bien del capitalista mientras acarrea en los que lo enriquecieron: miseria, fatiga, esclavitud y todos los males imaginables, de modo que en resumen los progresos mecánicos hundieron la clase obrera.

Es falso que todos los días aumente el ejército de reserva industrial; varias estadísticas hemos tenido a la mano que confirman nuestro negativo aserto. Es bien explicable: es cierto que lo que hoy produce un obrero con los adelantos existentes es mucho mayor que lo que producía hace años otro obrero de igual capacidad, pero las máquinas y demás adelantos exigen mayor número de obreros, porque por ellas se han ampliado las industrias y se han creado mil otras nuevas las cuales exigen quién las instale, cuide, maneje, repare y sirva. El consumo de materia prima será mayor y por consiguiente exigirá mayor personal que la extraiga y transporte.

LA LEY DE BRONCE DEL SALARIO

Dígase lo que se quiera, esta ley es muy ingeniosa. Tuvo su época de apogeo en que fué aceptada aun por los economistas liberales. Ultimamente ha caído en desuso hasta ser borrada del programa democrático-socialista, pero aún tiene sus seguidores.

Consiste esta ley en que el salario está regulado por la oferta y la demanda de brazos habida entre el capitalista y el obrero.

Salario según los socialistas es lo que normalmente necesita un obrero para satisfacer sus necesidades y las de los su-

vos. Afirman esto porque el salario aumenta o disminuye a medida que varían, aumentando o disminuyendo los precios del mercado. Los socialistas afirman que siendo esto así nunca saldrán de su situación precaria, y que esto nunca podrá suceder de otra manera porque se tiene que dar una de estas hipótesis: o que falten brazos o que sobren; si lo primero, dicen ellos, subirán los jornales por la mucha demanda y poca oferta. Entonces la situación próspera hará crecer espantosamente la procreación y con ella el aumento de brazos. Llegado a este estado tiene lugar la segunda hipótesis, es decir habrá poca demanda y mucha oferta, por lo que disminuirán los jornales. Este empobrecimiento que acarreará la baja de ellos, hará disminuir la procreación, por lo que tornarán a escasear los brazos y a subir los jornales lo que de nuevo hará aumentar jornales y procreación. Se ven ellos en un círculo vicioso.

Como puede verse en esta ley, Lassalle está acorde con nosotros en que el valor en cambio depende de la oferta y la demanda. Somos de la opinión que los obreros deben estar reunidos para hacer justos reclamos, porque la organización social exige leyes protectoras y nadie mejor que ellos podría hacer las exigencias referentes al caso. Si los obreros permanecen separados, la lucha con el rico a quien domine el egoísmo y no tenga refrescado su criterio por las ideas de la religión, será muy desigual. Los mismos pobres contribuirán a hacerse mal mutuamente, porque la competencia se hará sentir más funesta.

REFUTACION.—Los hijos aumentan en proporción inversa del dinero. Tal es el resultado práctico que puede observarse en las ciudades cosmopolitas. El casco de la ciudad donde habitan los millonarios está habitado por matrimonios con pocas bendiciones del cielo, mientras los suburbios se ven colmados de pequeños mendigantes. Parece que los pobres quisieran subsanar la carencia de dinero con la multiplicación de hijos.

Lassalle parte del supuesto de que la demanda siempre será la misma, pero es lo cierto que para el aumento de brazos ocasionado por la mejor situación se necesitarían veinte años cuando menos, y en ese tiempo el desarrollo de la industria puede sobrepasar el aumento de brazos.

Marx no admite esta ley.

Alfonso Restrepo Moreno,

EXTRANJERIA

El tema que hoy nos mueve es de aquellos que nunca sabrán de las soluciones últimas. Y eso por tratarse de uno, adherido por raíces tan firmes, a la estructura de la nacionalidad que tendrá de variar cuanto varíe ésta, vale decir, perpetuamente. Así que nuestro pensar de hoy es sólo para hoy; pretender lo opuesto no pasaría de ser una imposición a las leyes, siempre evolucionando de la vida.

¿Qué derechos tocan a los extranjeros? Los mismos que a los nacionales o con restricciones? Tal el problema. Tres teorías lo resuelven: La de igualdad, que estatuye se les dé los mismos derechos que a los nacionales. La de la reciprocidad que para reconocerles algunos, necesita ver si en la patria de éstos se observa igual manejo con los súbditos de aquella, y, por último una que llamaremos ecléctica, que consiste en la primera pero con las restricciones que las necesidades dicten.

Mas antes de proceder a su análisis ensayaremos una incursión histórica, siguiendo al extranjero en los diversos pueblos y en las diversas épocas, medio el mejor para que el asunto se ilumine, convencidos como estamos, de que la historia no es simple copia de acontecimientos, sino maestra sabia que al lado de los hechos que presenta, muestra la razón de que así fueron.

Si nos asomamos a las civilizaciones embrionarias, aunque en ciertos órdenes perfectas, del Oriente, encontramos que la condición del extranjero es lamentable, cosa lógica si se atiende a que asistimos a la génesis del Derecho. En Grecia no se modificó la legislación.—Licurgo dijo que el suelo de Lacedemonia era apenas para los allí nacidos; a los extranjeros se les rechazaba, temerosos de que introdujeran el lujo, cosa vitanda a los ojos de aquel pueblo austero. Atenas, con una concepción más noble de la vida, los acogió, pero no como debiera, pues los impuestos los abrumaban. Al extranjero, lo mismo que su hermana del Peloponeso, lo llamó bárbaro.

Roma, contra todo lo esperado, por ser un pueblo genuinamente jurídico, los trató de modo pésimo: eran los enemigos, como los llamaron las Doce Tablas; no gozaban del *commercium*, no gozaban del *comercium*; constituir herederos, lo mismo que el heredar, se les vedaba; luégo abrió el compás y concedió la ciudadanía a los del Lacio; por último a todo el imperio. Pero aquello lo hizo con un fin económico, cual fue que los impuestos acrecieran: Justiniano que lo estatuyó de

manera definitiva, si fue obediente al móvil nobilísimo de sacerdote del Derecho.

¿Por qué esa animadversión? Analizando, la respuesta brota fácil: la antigüedad veía en la religión el origen de las leyes. Y siendo que cada ciudad tenía sus dioses, sus dioses para ella apenas, (por algo los templos estaban cercados de murallas) es natural concluir, negara a los extranjeros cuanto de la religión se desprendiera. Por eso no tuvieron dentro de la religión podía alterarlo. Esa la misión del cristianismo. Mas la victoria no fue rápida: por los cauces de la Edad Media continuó circulando esa corriente de vejámenes, poderosa como nunca. Se les miró como cosas, como propiedad del dueño de la tierra, se les sometió al derecho de vida y muerte. Francia fue en extremo rígida, valiéndose para hostilizarlos de impuestos excesivos. Inglaterra también, aunque las necesidades del comercio hicieron que concediera privilegios a los mercaderes de otras partes. La única que rompió ese coro hostil fue España, si bien no totalmente, como veremos al llegar a nuestra Patria. La Iglesia Católica luchó francamente contra esos sistemas inhumanos, tan contrarios a sus doctrinas de amor; para esa batalla encontró en el siglo XVIII, y esto sin duda sonará a irreverencia, halló, decimos, un aliado valiente en la Revolución Francesa, que al par que abogaba por la fraternidad universal, hacía del hombre un sujeto para colocarlo en el vértice de la posesión de derechos inamisibles. Juan Jacobo Rousseau, cuyas páginas contenían potencialmente el movimiento revolucionario, clamaba ya en su tiempo por que no se hiciera distinción entre el nacional y el extranjero. Consecuencia de esto, la declaración que la Asamblea Constituyente hizo en su sesión de 6 de agosto de 1791 de que la Francia Libre abría sus puertas a todo el mundo.

Vengamos ahora a Colombia. En el período colonial se revistió la condición del extranjero de los mismos caracteres angustiosos que vemos en el viejo continente. Cuestión lógica toda vez que no se había roto el cordón umbilical que nos ligaba a España. Así en la Real Cédula de 2 de octubre de 1614, pregonada en Cartagena en el año siguiente, decía su Majestad:

“Por la presente mando y ordeno que en ninguna parte de las Indias occidentales se admita ningún género de trato con el extranjero, aunque sea por vía de rescate o por cualquier otro comercio, so pena de la vida y pérdida de todos sus bienes”.

Al proceder así fue España consecuente con su tiempo, pleno de sentimientos egoístas, máxime que estas tierras a-

bundaban en riqueza.

Al llegar a la vida independiente, la realidad fue muy distinta. Oigamos a Bolívar en Agosto de 1813:

“Incítese a los extranjeros de cualquier nación y profesión que sean para que vengan a establecerse en estas posesiones, bajo la inmediata protección del Gobierno, que ofrece dispensarla abierta y francamente, en la segura inteligencia de que la fecundidad de nuestro suelo, sus ganados y preciosas producciones, la benignidad de nuestro clima y un régimen prudente de administración que garantice la seguridad individual y el sagrado derecho de propiedad, deben proporcionarle todas las ventajas y utilidades que podrían desear en el país”.

Este proceder magnánimo del Libertador obedecía, a nuestro ver, a tres motivos: al Estado del país, entonces menesteroso de inmigración, a causa de la guerra; a las influencias, en él tan potentes, de la Revolución Francesa, y por último, y quizás en máximo grado, a sus dotes de político, tan admirables, que hicieron de él un estadista que se adelantó a los mejores.

Este pensamiento de Bolívar se prolongó como grito robusto por más de medio siglo en nuestra historia. La nación lo exigía. Todas las Constituciones, y entonces se daban con frecuencia implacable, así lo declaraban. Tocó a la reaccionaria del 86 derogarla. En lugar del de la igualdad que como tácitamente queda dicho había regido desde el alborear de la República, formuló el principio de la reciprocidad con estas palabras: “Art. 11.º Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se conceden a los colombianos por las leyes de la nación a que el extranjero pertenezca, salvo lo que se estipule en los tratados públicos”. Esa teoría rige aún. Pronto veremos qué rumbos se siguen en la práctica.

Limitándonos a nuestro campo diremos que en 1887 se hizo nacional el Código de Minas Antioqueño, que se pronunciaba abiertamente en su Art. 2.º contra el mencionado de la Constitución, pues dice:

“El Estado cede la posesión y propiedad de sus minas a todos los nacionales y extranjeros que conforme a las leyes comunes tienen capacidad legal para adquirir el dominio de las cosas en la forma y bajo las condiciones expresadas en la presente ley”.

No ofrecería duda cuál de los dos habría prevalecido, sino fuera porque la ley 153 de 1887 consignó en su Art. 6.º uno de esos exabruptos de que no se eximen las legislaciones. “Una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aunque parezca contraria a

la Constitución".

Eso da la clave de por qué se siguieron adjudicando minas a los extranjeros sin comprobación de la reciprocidad, pero el acto legislativo número 3 de 1910 volvió por la Constitución en su Art. 40: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplican de preferencia las disposiciones constitucionales". La Corte Suprema de Justicia, en mayo de 1911, declaró insubsistente el Art. pertinente de la ley 153 de 1887.

Se explica, pues, que hasta 1910 se hubiera procedido en oposición a la Constitución pero, ¿por qué después de ese año se continuó en la misma práctica, no obstante el referido Art. 11.º, no obstante el acto legislativo de 1910, no obstante lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia?

Mas para responder a esto es menester decir cuáles son los derechos que se pueden reconocer al extranjero.

DIVISION DE LOS DERECHOS

Optando por la división más simple sentaremos que hay dos clases de derechos: los naturales y los políticos; éstos se condensan en la facultad de elegir y ser elegido y en el ejercicio de los empleos que llevan anexa autoridad y jurisdicción. Los civiles son los naturales en cuanto consagrados por la ley.

Respecto a los políticos no cabe duda de que no deben concederse al extranjero, y ello por razones obvias. Los empleos tienen por objeto el bienestar del país, para lo cual precisa amarlo, y es ilógico pedir esto al extranjero; reflexionando sobre eso nos viene al recuerdo un ejemplo elocuente que nos da la historia. Filopo de Macedonia tenía como punto de su programa domeñar a Grecia; el Consejo Federal de Corinto tuvo la debilidad de admitirlo como ministro. En este plano favorable, Filopo influyó soberanamente en la ruina de la confederación.

Además, esos empleados extranjeros podrían pertenecer a países regidos por formas diversas de Gobierno y no es natural que ellos tendieran a considerar las instituciones de su patria como más sabias, como mejores. Es decir que es autorizarlos para que falten a las leyes, en vez de ser centinela. Pero no es menester aducir muchas razones para ver el peligro que reporta a un país el entregar el ejercicio de su soberanía a individuos, sujetos por la naturaleza, por la voluntad y por la ley a la autoridad de otros estados.

Así como respecto a los políticos son terminantes los motivos que hay para negárselos, así lo son para concedérselos en lo que mira a los civiles. En efecto. Estos son los que tiene

el hombre por ser hombre, o mejor, que le pertenecen por razón de su existencia. El nace con el deber de llenar su destino social, está en la obligación de conservarse, de alcanzar la plenitud de su desarrollo físico y moral. Los derechos civiles son los instrumentos para ello. Siendo esto así, salta a los ojos lo absurdo de la pretensión de que porque el hombre abandone su patria haya de negársele lo que, como vimos, arranca desde los subsuelos de la personalidad.

¿Que así lo hicieron los antiguos? Ellos al estatuir de pareja manera fueron consecuentes. Mas el punto de que partían era erróneo. Ellos creyeron que la fuente de los derechos civiles era el Estado, nó la naturaleza humana como sabemos nosotros. Vistas las cosas a la luz de ese concepto, nos explicamos porqué filósofos tan penetrantes como el Estagirita y moralistas de la austeridad de Séneca; sostuvieron que la esclavitud era de derecho natural. También por qué le negaron al extranjero los derechos civiles. El romano se creía sujeto de derechos, no por ser hombre sino en su carácter de *civis romanus*; lo falso de esa tesis apenas es para considerar: el individuo, y por ende, los derechos naturales, son anteriores al Estado; éste los consagra, no los crea. Esa institución de instituciones que es el Estado, no tiene otro fin que el de proteger a las personas que habitan en su territorio en la vida, honra y bienes: es pues un guardián; no puede por eso mismo crear los derechos, menos desconocerlos.

Lo dicho responde de manera franca a la pregunta de por qué se habían seguido adjudicando minas en Colombia, no obstante disposiciones concluyentes: se pensó que éstas no rezaban con los derechos civiles, e irían descaminados los que interpretaran de sa manera? Quizás nó. Veamos para eso tres artículos de la Constitución.

Repitamos el II: "Los extranjeros gozarán en Colombia de los mismos derechos que se conceden a los colombianos por las leyes de la nación a que el extranjero pertenezca, salvo lo que se estipule en los tratados públicos".

Convengamos por lo pronto en que ese artículo es obscuro: no pocos comentadores nos dicen que él es para los derechos civiles; ¿por qué el artículo no habla de ellos expresamente? Observa el doctor Fernando Vélez: "El artículo II no hace distinción en lo que respecta a los derechos de los extranjeros; los comprende todos, tanto los políticos como los civiles". De tal suerte, comentamos nosotros, que si en algún país con el cual tenemos un tratado se dice que los extranjeros tienen allí derechos políticos nosotros tenemos que darles los que de allá vengan. Además, se ve la vacilación del legislador, pues el mismo artículo consagra dos principios o-

puestos: el de la igualdad y el de la reciprocidad.

Dice el Art. 12: "Se definirá la condición de extranjero domiciliado y especialmente en los derechos y obligaciones de los que en tal condición se hallen, de suerte que conforme a él el legislador puede fijar sin abuso del principio de reciprocidad los derechos y deberes de los extranjeros, domiciliados. ¿No salta la contradicción?"

Dice el 19: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales previniendo y castigando los delitos". Asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales dice claramente; no es este el reconocimiento paternalino de ellos, no sólo para nacionales sino también para los extranjeros? De modo que si a éstos se les promete una eficaz protección en sus bienes, tácitamente los autoriza para adquirirlos en el país. De aquí que nosotros veamos razonable el manejo de los que han seguido adjudicando minas a extranjeros.

Al presente a todo mundo se le permite adquirir bienes en el país. Nuestro C. C. garantiza la sucesión de los extranjeros sin que nadie hable de reciprocidad.

Ejemplo: Como en Cauca pidiera un inglés se le adjudicara una mina, las autoridades departamentales se opusieron, alegando la reciprocidad; el asunto fué llevado al Ministerio de Obras Públicas, quien falló de manera categórica:

"Los extranjeros pueden adquirir minas en Colombia lo mismo que los nacionales, sometiéndose a las prescripciones de nuestro Código de Minas y sin la comprobación previa de que en el país a que el extranjero pertenezca pueden adquirir minas los colombianos".

Pero hemos retardado en demasía la discusión de los sistemas que hay sobre esto de derechos extranjeros.

EXAMEN CRITICO DE LA RECIPROCIDAD

Hay dos clases: la legislativa y la diplomática. La 1.^a es la que consagra nuestra constitución; la 2.^a consiste en que los estados definan por medio de tratados la condición de los extranjeros.

La una como la otra se nos antojan perjudiciales, inadmisibles, tanto, que no les hallamos ningún punto defensible.

Vamos a la legislativa: es anticientífica; no es sino la consagración de la ley del Talión: Te doy si me das; en otras palabras: ojo por ojo. A más de anticientífica, antihuma-

na: desconoce los derechos del hombre, patrimonio que, como vimos, le corresponde por razón de existir. Es anticristiana: va contra principios fundamentales del cristianismo, de cuya estructura forma parte la igualdad.

Además, es en extremo inconveniente. Supongamos que en Turquía rige ese principio: pues con toda razón puede venir aquí un turco a casarse con varias mujeres, alegando que eso es permitido allá a los colombianos. Es decir, la implantación de prácticas desterradas por la civilización.

Es también anacrónica: su insubsistencia, a pesar de estar vigente, es todo un símbolo. El Gobierno ha visto que de observarla surgiría la parálisis de la industria, del comercio.

Pero como resalta esa extemporaneidad es analizándola con un criterio trascendental: sin incurrir en la ingenuidad de creer que la inminencia de la patria universal de que nos hablan los teóricos del socialismo, pensamos sí, que el hombre tiende a ella. El proceso recorrido: familia, municipio, nación, nos permite esperar que así será? La proximidad en las distancias traerá la proximidad en los espíritus. Meditando sobre esto no podemos menos de recordar la teoría expuesta por los últimos grandes orientadores de ideas: La guerra europea fué una guerra civil. Siendo esto así, es fuerza admitir que no se debe obstaculizar lo que de suyo es natural. El reconocimiento de los derechos civiles a todos, se impone, pues.

Por otrar parte, cada estado debe tener su legislación propia, su legislación que brote de su idiosincrasia, y el que admite la reciprocidad tiene tantas cuantos son los estados que hacen lo mismo; es decir, que su legislación se universaliza.

Yendo a la práctica la encontramos de difícil cumplimiento;; llega un momento en que no pueden determinarse los derechos que toca a los individuos, vr. gr.:

Con Servia tenemos establecida la reciprocidad, o sea: allá todos los colombianos tienen los mismos derechos de que gozan sus nacionales en Colombia, y aquí se reconocen a los serbios los mismos derechos de que disfrutaban los colombianos en Servia. Pero ¿de cuáles derechos gozan aquí los serbios? ¿De cuáles disfrutaban allá los colombianos? Imposible decirlo, pues las legislaciones se remiten unas a otras:

También podríamos llegar al resultado injusto de que los nacionales quedarían en un pie de inferioridad respecto a los extraños, y ello fácilmente: bien puede llegar a Colombia uno a pedir derechos exorbitantes, mayores de los que tienen los colombianos, diciendo que en su patria se conceden a éstos.

Inversamente, tampoco sería extraño que se negaran al extranjero derechos de los que la misma naturaleza impone, en vista de que en su país no se dan a los de aquí: ejemplo: aquellas naciones en las cuales es vedado al extranjero ser terrateniente.

Pero se dirá: La reciprocidad tiene la ventaja máxima de guardar la integridad de la República. ¿Será cierto? Considerémoslo tomando a los EE. UU., el país más peligroso por cuanto es el más acondicionado para adquirir propiedad en Colombia. Yendo al fondo, se ve que los saxoamericanos están capacitados para adquirir minas, en Colombia, a pesar de la reciprocidad. Y eso por la diversidad de las legislaciones de los estados.

En algunos los extranjeros no pueden adquirir inmuebles; sí lo pueden en otros. De tal suerte que si un habitante de los primeros quiera hacerse dueño de una mina en Colombia tiene expedito el camino: asociarse con un natural de los segundos y que éste la denuncie. No hay tal salvaguardia.

Ahora, haciéndonos la misma pregunta sugestiva que don Marco Fidel Suárez, ¿quién sabe si por salvar las partes no se pierde el todo? En este caso, sigue el señor Suárez, quedarán más o menos en salvo las porciones de territorio correspondientes a las minas pedidas, pero grandes extensiones de minas podrán ser objeto de peligros mayores y proporcionales a la expansión contrariada de corrientes muy poderosas.

Y nos volvemos a preguntar: ¿Si nos resguardará la reciprocidad del imperialismo? Y de nuevo respondemos: No. El Art. II al considerar el tan acendrado principio, concluye: "salvo lo que se estipule en los tratados públicos". Valiéndose de esta salvedad, el Gobierno puede hacer tratados en que no consulte para nada la reciprocidad. Eso ha hecho con países imperialistas, como Alemania, como Inglaterra.

Es indudable, y esto lo abonamos gustosos, que los constituyentes del 86 pensaron atenuar en algo el principio de la reciprocidad legislativa con la diplomática, pero olvidaron, y aquí entramos en la crítica de la última, lo difícil, por no decir imposible, que es para el Gobierno celebrar tratados con todas las naciones y que por lo mismo en muchos casos quedaría incierta la condición de grandes cantidades de extranjeros en Colombia, y recíprocamente.

Por otra parte, y esta observación es de la Comisión del Senado, hay muchas naciones que no pueden celebrar tratados en los cuales se garantice a los colombianos el derecho de adquirir en ellos bienes raíces, como sucede con los ya mencionados de EE. UU., y que no se diga que el Gobierno

de la nación puede obviar esto, pues a él no le es permitido limitar el derecho que tienen los estados a legislar libremente en materia civil. El gobierno no puede, pues, garantizar a los colombianos el derecho de adquirir minas y bienes raíces de naciones extranjeras ni limitar su capacidad constitucional que afecta según el Art. 11 a los naturales de determinados países para adquirir tales bienes en Colombia. Ese artículo traicionó los anhelos de sus autores: no conjura el peligro, y en cambio sí impide la venida de capitales, de que tanto necesita la República.

LA RECIPROCIDAD EN NUESTRA LEGISLACION

Ningún modo mejor de juzgar de la bondad de un principio legislativo como examinarlo a la luz de los restantes.

Haremos eso con el de la reciprocidad, en la convicción tranquila de que de ese estudio comparativo saltará la inconveniencia de que nuestra legislación lo admita. Y hallaremos más de una contradicción. En el mismo Art. 11 hallamos el rastro de una, pues al decir, luégo de asegurar la reciprocidad, "salvo lo que se estipule en los tratados públicos", admite, como ya anotamos, que el gobierno para hacer esto no tiene por qué atenerse para nada a ese principio.

El Art. 14 de la Constitución: "Las sociedades o corporaciones que sean en Colombia reconocidas como personas jurídicas no tendrán otros derechos que los reconocidos a personas colombianas". De manera más clara no puede consignarse la igualdad. Y hay mayor número de razones, dice la autoridad de José J. Hernández, para reconocer los derechos civiles a las personas naturales que a las jurídicas. El constituyente no fué consecuente al establecer en la carta fundamental esos dos principios que se excluyen.

El Art. 19 de la misma, también consagra la igualdad al decir que las autoridades están constituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes.

El Art. 19 del C. de Comercio dice: "Los extranjeros podrán ejercer libremente el comercio en el estado de Panamá lo mismo que los colombianos".

El Art. 2.º del Código de Minas formula la igualdad. La Ley 120 de 1919 coloca en el mismo pie a los nacionales y extranjeros en lo tocante a la exploración y explotación de hidrocarburos.

El Código Civil garantiza los derechos de sucesión del extranjero sin reparar en la reciprocidad.

La Ley 19 de 1904 en su Art. 11 prohíbe adjudicar mi-

nas a los extranjeros en Chocó y Darién: sin sutilizar se ve que admite la posibilidad de adjudicarlas en las otras regiones.

Por todo esto se ve que el Art. II está de más, que es un contrasentido, cuando el espíritu uniforme de la legislación opta por el de la igualdad.

EXAMEN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Desechado por manera total el sistema de la reciprocidad, surge, por exclusión, el de igualdad. Este sí consulta los dictámenes de la naturaleza, pues reconoce que los derechos naturales son anteriores a todas las leyes. Este sí reconoce y tiende a satisfacer la necesidad de los países, principalmente de los débiles, de vigorizar la inmigración humana y de capitales.

Y él va ganando camino: Italia abrió, la primera, esa seriación equitativa. En 1835 proclamó la igualdad. Inglaterra la siguió, aunque con las timideces del caso en un principio. En 1873 sí lo consagró libérrimamente. Y no es ese un capricho: se trata de una señal de los tiempos. La tendencia igualitaria de la humanidad tiene sus raigambres en estatutos profundos. Por algo en las últimas manifestaciones del pensamiento occidental se ve una plausible hostilidad para con el nacionalismo hurraño, áspero.

En América, Colombia es una de las pocas en la cual persiste la reciprocidad, principio propio para un museo jurídico. Mas tenemos fe en su pronta extirpación.

Mas para su advenimiento precisa penetrar en la situación del país, en su destino. Nos convendrá por hoy la igualdad, en toda su amplitud?

De ese análisis sale la persuasión de que un sistema de puertas abiertas sería perjudicial: los extranjeros vendrían en carrera loca, caballeros en Dios sabe qué apetitos. La integridad nacional no pasaría de ser una figura retórica. De aquí concluimos que lo mejor es una limitación de la capacidad adquisitiva del extranjero. El ideal consistiría en la igualdad absoluta; pero vemos que para pueblos de tan poco peso como el nuestro sería fatídica.

¿Hay en esto una injusticia? Nó: simplemente una colisión de derechos: Y todos sabemos que en tal caso el individual cede ante el derecho general. Además, que lo que aquí se niega no son los derechos sino el goce. Las naciones tienen derecho de consultar los dictados de la mayor utilidad, dejando a un lado toda suerte de consideraciones sentimentales. Rigiéndose por ese criterio, Suiza dispuso que para que allí

puedan los extranjeros poseer bienes inmuebles se necesita autorización expresa del Gobierno. En Rumania no pueden ser propietarios de bienes rurales, y en Rusia de aquellos situados fuera de la ciudad y de los muy próximos a las fronteras.

Necesitamos echar mano, pues, de las restricciones. Pero, ¿de qué clase? Hay dos: las absolutas y las relativas; por las primeras, los extranjeros quedan imposibilitados para adquirir inmuebles. Esto para Colombia es imposible, por el cambio tan brusco que traería para nuestra legislación; porque iría en contra de la corriente universal que tiende a abandonar ese procedimiento, y sobre todo, porque tiene multitud de contratos en el sentido anterior con otros países. Las relativas son las que prohíben conferir la propiedad de ciertos bienes; digamos los baldíos, los yacimientos petrolíferos. Creemos que estas sean las que Colombia necesita. Las minas, en especial las de hidrocarburos, pueden traerle a la nación serios peligros. Y se hallan éstos en potencia próxima: Mirando a los pueblos de grande riqueza petrolífera, como Méjico, no sabemos si el oro negro es una fatalidad o un beneficio. Y como su importancia, y por lo mismo su demanda, crecen en proporción geométrica, Colombia debe tomar medidas seguras, para evitar un descalabro. Y no vemos sino la nacionalización del subsuelo.

Esto en cuanto a los petróleos, que en lo que mira en general a otros bienes, sí creemos pueden darse a los extranjeros, pero siempre que se celebren tratados sobre el caso con los gobiernos respectivos, en los cuales se estipulen condiciones que hagan del individuo que a la República venga un factor de progreso y no de decadencia. Por no decir de amenaza.

Deseando que una ley nacionalice los petróleos, nosotros pedimos, como síntesis de nuestro pensamiento, que en vez del Art. 11 de la Constitución exista uno, al tenor de éste, formulado por el doctor Francisco Cardona: "Los extranjeros que se hallen en el territorio de la República, o que vengán a él, gozan de los mismos derechos civiles de que disfrutan los ciudadanos colombianos, salvo lo que en leyes especiales se disponga o en tratados públicos se estipule".

Gerardo Molina
J. Restrepo Moreno



Hernán Montoya

Calificado estudiante de la Escuela de Derecho, quien por sus brillantes exámenes y su concienzudo estudio sobre 'EL INDICIO COMO PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL', acaba de triunfar en el concurso que propuso el Gobierno del Departamento con el objeto de enviar a Londres un estudiante de Derecho a especializarse en el difícil ramo de las investigaciones criminales.

Las dotes de consagración y de talento que le dieron el triunfo en este certamen le garantizan, estamos seguros, un éxito cumplido en sus estudios técnicos.

ESTUDIOS DE DERECHO se complace en publicar en seguida el trabajo presentado por este caballeroso amigo y distinguido estudiante.

El indicio como prueba en materia criminal

Monografía presentada por el suscrito estudiante de Cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, en cumplimiento del art. 2 del Decreto Número 1 de fecha 20 del presente mes, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad, en reglamentación del Decreto No. 402 de la Gobernación de Antioquia, que a su vez reglamenta la Ordenanza No. 25 de 1927.

Medellín, Agosto 31 de 1927.

HERNAN MONTOYA

El indicio como prueba en materia criminal

Siendo la tendencia innata del hombre y el objeto propio de su inteligencia la aprehensión de la verdad, nada más natural que goce poseyéndola, que corra en su busca, que forme y combine ideas adecuándolas en cuanto más puede a una fácil comprensión de las cosas, que, apoyándose en principios o hechos conocidos vaya en pos de los desconocidos, que luche y que sufra cuando su entendimiento sintiendo la necesidad de lo verdadero, no logre conquistarlo.

Delante de la conciencia humana un hecho no es cierto sino cuando el medio o los medios probatorios empleados al efecto han evidenciado la certeza del mismo. De estos medios probatorios, unos son **directos**, revelan en línea recta los hechos controvertidos; otros son **indirectos**, demuestran otro u otros que a su turno manifiestan la existencia del que pretende probar. Los primeros son llamados **pruebas directas** porque de este modo satisfacen la mente; los segundos denomináseles **pruebas indirectas** y en este grado convencen más o menos el espíritu.

Da vida a los últimos el proceso mental de la inducción, fúndanse en las relaciones que pueden existir entre el **hecho conocido** y otro **desconocido** que se trata de averiguar y que la imaginación presupone, relaciones que se aprecian racionando o discurrendo, no sólo en armonía con las reglas de la lógica, de la experiencia personal y del sentido común, sino también siguiendo las leyes de la causalidad y la teoría de las probabilidades.

Cuanto más necesaria y aproximada sea esta relación, cuanto más singular aparezca y menos número de probabilidades en contrario haga verosímiles, tanto más irá recorriendo el entendimiento hacia el sitio en donde la verdad se halle.

Indicios, por cuanto indican y señalan, son llamados estos hechos demostrados en que el juzgador se apoya para sugerir la existencia de otros que supone su causa. Fundado el hombre en la propia experiencia, en el consentimiento universal, en la inmutabilidad de las leyes físicas y morales, procede a reconstruir en su intelecto el fenómeno complejo que no puede hallar por la luz de la evidencia; vuela con la imaginación a crear de antemano un hecho ficticio que más o menos puede ser o no ser; traza a grandes rasgos el esquema que ha de guiarlo en la investigación, y en el centro de aquel finge la existencia del hecho apetecido. En virtud de este puede ser o no ser, de esta improbabilidad en que la mente duda, corre

peligro el hombre de desviarse de la senda de la verdad, al pretender forzar la realidad de algo que quizá sólo en su fantasía tenga vida. Y si esto es susceptible de acontecer cuando su proceso mental esté sujeto a los principios antes apuntados, ¿qué diremos cuando el fallador la desatiende y sigue los dictados de su libre criterio personal? El hombre particular puede juzgar como le plazca, a nadie perjudica y ante nadie es responsable; mas el hombre juez debe atender las normas en que lo estrecha la justicia y armonizar sus decisiones con los principios de la equidad (art. 837 del C. J.), porque hay un desgraciado a quien puede perjudicar, y una colectividad ante la cual debe rendir cuenta de sus proveídos, indicándole en sintético análisis el conjunto de motivos que tuvo para proceder en determinada forma. (Arts. 836; 838; 1,717 *ibidem*).

Pero, se nos dirá, siendo la crítica científica, las normas del análisis deductivo e inductivo, las que deben entrar en juego activo en la valorización y peso probatorio de los datos que forman el proceso y que giran especialmente al rededor de las investigaciones criminales, por qué señala la ley reglas y preceptos imperativos a los cuales tiene que sujetarse el fallador en la decisión de sus providencias? Siendo esto último lo cierto, a primera vista parece que las legislaciones proscribieran la crítica científica como poderoso medio de investigación sobre la verdad en juicio, acierto y valor probatorio de los indicios; mas si paramos mientes en consideraciones de utilidad social, veremos que la existencia de aquellos preceptos preestablecidos se justifica en demasía.

Efectivamente: en virtud de la amplitud que se dé al criterio científico individual, libre de prejuicios escritos, el juez encuentra expedito camino para poner en animada actividad su propia sindéresis, su ingenio o su capricho y desligado ya de aquellos imprescindibles vínculos, puede hacer girar a su talante las normas de la justicia y de la equidad hacia un ente diverso del que en realidad debería ser el objeto único de aquéllas, castigando al inocente o absolviendo al culpable.

Demasiado celoso el fallador en su deseo de dar seguridad a la sociedad que como parte interesada en su propia conservación no aparta de él los ojos, a menudo sacrifica los intereses, la fama, la honra, la libertad, la vida misma del sindicado en aras de una acariciada conveniencia social. Previendo tan grave peligro que pueden correr ciertos desgraciados a quienes se acusa de criminales, el legislador ha limitado el arbitrio judicial, con el señalamiento de determinados cánones a los cuales deberá acomodarse la decisión judicial.

Mas si por favorecer al acusado, prodiga tales cánones, la sociedad quedará desamparada y a merced de sus enemigos.

Conciliar estos dos intereses es difícil problema, cuya solución deberá siempre aceptarse como cierta y universalmente aplicable, mas al descender a los casos particulares no dejarán de pronunciarse algunos inconvenientes en su contra. Pero cabe aquí la conocida máxima del Santo: "Es más justo absolver al culpable que castigar al inocente, porque aunque el criminal se escape una vez, puede caer otra; pero si una vez perece el inocente, ya no puede remediarse."

Quizás esta discutida conveniencia social, principio irremplazable de la escuela positiva, justifique en algo el limitado arbitrio de que goza nuestra Policía Judicial, en virtud no ya apenas de las atribuciones concedidas por las legislaciones locales, sino también por la lluvia de Decretos del Ejecutivo Nacional que ha dado más pábulo a aquellas ilimitadas atribuciones, cuya existencia es peligrosa y cuya aplicación es casi siempre injusta, dada la ignorancia de la mayoría de nuestros funcionarios de instrucción.

Algunos años de práctica y de diario contacto con la organización y funcionamiento de la Policía Judicial de Antioquia, nos autorizan para acusar un crecido número de errores causados por la ignorancia e indisciplina de los señores dichos. En lo atañadero a esta rama de la administración de justicia, los índices de nuestra pequeña delincuencia merecen un alto descuento, por ser muchas las infracciones contra la moral, las buenas costumbres y la propiedad que sólo se demuestran ficticiamente en virtud del libre juicio del funcionario instructor.

Nuestra legislación procedimental al consagrar el indicio como prueba legal (arts. 541 y 1,659 *ibidem*), sólo lo definió de una manera científica en la parte civil (art. 587); en la parte criminal es imperfecta la definición (art. 1,702), y en ambas jurisdicciones dejó de reglamentarlo, fuera de que cayó en el gravísimo error de llamarlo **necesario** en determinados casos (art. 1,704), cuando no es más que la patente revelación del hecho mismo, con el cual se identifica, perdiendo entonces su indole de prueba,

"Se entiende por indicio un hecho que indica la existencia de otro hecho, o que alguna persona lo ha ejecutado o ayudado a ejecutar". "Inexplicable nos parece—dice nuestro ilustre Profesor—la omisión en que incurrió el Legislador al descartar de esta definición los adjetivos **cierto y conocido**, que, en lo civil tuvo cuidado de expresarlos claramente; en realidad, el art. 587 del Código, al definir el indicio en materia civil, principia: "Se llama indicio un hecho cierto y conocido, etc.", adjetivos de tanta importancia que, sin ellos, a más de

quedar imperfecta la definición, la prueba queda sin base fija, cual es el hecho principal que ha de servir de punto de partida al raciocinio para sacar o inducir el desconocido; hecho que ha de estar plenamente probado para fundamentar sólidamente la inducción: de otro modo ésta no podría hacerse. A la prueba de ese hecho, base del indicio, se refieren los adjetivos **cierto y conocido**, que en mala hora se omitieron en la definición del indicio en materia criminal". Justa crítica es la hecha a tal imperfecta disposición que, en virtud de lo falible y equívoco, de lo universal y empleadísimo que es el indicio como medio de prueba, debió limitarse cuidadosamente en la apuntada definición.

"El indicio es, pues, un hecho plenamente demostrado, del cual se infiere la existencia de otro hecho; o es, como dice Ellero "aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga".

Por lo dicho se comprenderá que la crítica científica del indicio, comprende el análisis de las tres circunstancias que lo integran: hecho probado, indicador, que sirve de base o punto de partida; hecho diferente del primero que se pretende demostrar, y relación entre ambos. "El indicio lo constituye, no solamente el hecho en que se funda, sino la relación que tiene con el crimen; desde el momento en que se separan esos dos conceptos, desaparece el indicio. Hay un hecho demostrado pero que no tiene relación con el crimen? Pues es inútil; ningún valor tiene: no existe el indicio. Hay presunción de la existencia de un hecho que no está probado? Pues aun que existiese íntima relación con el crimen, tampoco existiría el indicio. Es preciso que haya un hecho bien demostrado que tenga conexión con el crimen y que esa conexión esté demostrada también; de otro modo no hay indicio, no hay presunción".

Igual cosa cabe decir del segundo elemento. En lo que se refiere al examen de la relación existente, es aquí donde la crítica jurídica desempeña papel único, donde el talento y la prudencia corren peligro de errar en su operación de reconstrucción, si pretenden sacar consecuencias inculpativas en virtud de relaciones forzadamente establecidas. Difícil es trazar reglas a este respecto, por lo cual nuestro legislador se limitó a señalar en el art. 1,707 las cualidades que los indicios deben llenar para formar prueba, al decir: "Respecto de los demás indicios, para que formen plena prueba se requiere que sean **diferentes**, que estén enlazados entre sí, pero que no dependa uno de otro y que concurren todos a demostrar el hecho principal".

Otros Códigos, como el argentino, el chileno y el uruguayo detallan mejor que el nuestro los requisitos para que los indicios sirvan de prueba legal.

Si al espíritu humano le fuese dado dar siempre con la debida armonía y relación de un evento con otro; si le fuese posible sorprender el modo preciso como los hechos se enlazan y se compenetran entre sí, si conociéramos la esencia de todas las cosas; si pudiéramos adivinar los diversos y ocultos móviles que impulsan las acciones humanas, o descubrir todas las leyes que presiden las relaciones entre unos y otros seres, los indicios producirían en nosotros la evidencia o la certeza y los tormentos que acompañan a la duda tendrían vida efímera.

Cuantos más visos de pura realidad tenga la relación que se descubra entre los puntos extremos del indicio, cuanto más excluya la demostración de otros hechos, tanto más fuerza de convicción puede tener como indicador de determinado evento; de donde cabe deducir que el peso y valor de los indicios se asemeja en mucho a la teoría de las probabilidades, y por eso son susceptibles de contarse y de pesarse, a manera como los antiguos doctores adoptaron cierta especial nomenclatura para formar **medios**, **cuartos** y **octavos** de prueba; o a modo como el jurisconsulto inglés Jeremías Bentham sujetaba a medida los estados de la mente con relación a la verdad, cual si se tratara de verdaderos experimentos físicos o de fenómenos atmosféricos.

Cuando esta relación de dependencia, casi siempre de causalidad, está en lo común y ordinario de las cosas; cuando la no existencia de esa relación sería lo menos común, pasan entonces los indicios a denominarse **presunciones**, que no son más que circunstancias probabilísimas tenidas como ciertas, pero que sin embargo pueden ser contradichas; son testimonios del género humano, ofrecidos por el sentido común, y en esto difieren de aquéllos, por cuanto que los indicios se deben probar, mientras que las presunciones se tienen como probadas con solo iluminar la mente del que juzga; en su virtud, quien las niega debe probar lo contrario; la carga de la prueba se invierte en este caso.

Entre las varias divisiones que hacen los tratadistas de los indicios, sólo enunciamos algunas categorías:

a) — Por razón del tiempo, se dividen en **anteriores**, **concomitantes** y **posteriores**, según que procedan, acompañen o sigan al hecho principal. La compra de los instrumentos o medios necesarios para la comisión del delito, es ejemplo de la primera clase. La presencia en el lugar del crimen y cuantos

hechos coexistieron con el principal, pertenecen a la segunda. La clandestinidad, la fuga, la ocupación de materiales o instrumentos que sirvieron o pudieron servir para la comisión del hecho y otros semejantes, pertenecen a los últimos.

De las legislaciones americanas, sólo la de Uruguay consagra expresamente esta división. Entre nosotros, puede el juez adoptar la que le parezca más conforme con la naturaleza de los hechos, ya que tiene amplia libertad en esta prueba. Nuestra Corte Suprema, para metodizar el estudio de los procesos tomándolos en el orden cronológico de los sucesos, si ha adoptado la clasificación apuntada.

b)—Por razón del procedimiento empleado para inferirlos, pueden ser mediatos o inmediatos, deduciéndose éstos directamente sin necesidad de recurrir a consecuencias intermedias, y aquéllos mediante éstos, como una especie de gradación o sorites.

c)—Según la forma en que se presentan son generales y particulares; propios los primeros de todos los delitos, como los que nacen de las relaciones de lugar y de tiempo; y los segundos, sólo de algunos, como la ocupación de troqueles, las manchas de sangre, indicios peculiares de los delitos de falsificación y atentados contra las personas, respectivamente.

d)—Según el convencimiento que en el ánimo producen, divídense en próximos y remotos.

Algunos autores, y particularmente los filósofos escolásticos, siguiendo el antiguo aforismo de las Decretales, "*Solus cum sola, nudus cum nuda et in eodem lecto*", traen la división de indicios necesarios y contingentes. Esta vieja división no tiene razón de existir, una vez que la existencia del indicio necesario es inaceptable; pues si en un principio pudo admitirse éste, ello se debió al estado embrionario en que se encontraban los conocimientos científicos en todos los órdenes de actividad. Los maravillosos avances de la Medicina Legal y de las ciencias experimentales han venido a destruir este viejo prejuicio, resago de la ignorancia antigua.

Rechazada, pues, hoy en día, la existencia del indicio necesario, es anacrónica la disposición consignada en el artículo 1.703 de nuestro Código Procedimental, cuando dice: "Un sólo indicio no hará jamás prueba plena o completa, a no ser que sea necesario o presunción legal".

Debe, sin duda alguna, prescindirse en nuestra legislación del denominado indicio necesario, pues aparte de las razones apuntadas, es ineficaz en la práctica, constituyendo un peligro inminente para el inocente, ya que en unidad produce plena prueba, suficiente para condenar; a menudo se le confunde con el indicio grave o vehemente, y en algunas ocasiones tam-

bién hemos visto confundirlo lastimosamente, por ignorancia o por pasión, con un simple accidente ocasional. Además es una aventura condenar por un simple indicio; ¿por qué no se puede condenar con el testimonio de una persona honrada, de limpios antecedentes y magnífica fama pública, si reúne las condiciones exigidas por el art. 1,675?

g)—Una clasificación más moderna y que dice relación más inmediata al delincuente mismo, es la traída por el notable expositor italiano Pedro Ellero en su incomparable obra "La Certidumbre en los Juicios Criminales":

I—Indicio de la capacidad de delinquir—Comprende el estudio del pasado moral del individuo, sus delincuencias anteriores, su reputación social, sus relaciones, su fama, etc. Dentro de esta clasificación podríamos agrupar también la institución psicológica y mental del sujeto, y por qué nó igualmente su conformación física y frenológica, de acuerdo con la escuela antropológica criminal?

II—Indicio del móvil para delinquir—Son las causas impulsivas que agitan la actividad del delincuente, como la necesidad, la avaricia, el odio, el temor, las pasiones en general.

III—Indicio de la oportunidad para delinquir—Comprende el estudio de aquellas circunstancias especiales que colocan al hombre en una situación privilegiada, fácil y expedita para poner en juego su actividad delictuosa, como la inteligencia, la fuerza, la pericia, el conocimiento, el uso de cosas o de obras ajenas, etc. En nuestro concepto, la oportunidad para delinquir, no es más que una forma extrínseca de la **capacidad**: Si el hombre encuentra facilidades para la ejecución de un hecho, en virtud de sus conocimientos especiales, de su pericia, de su familiaridad con ciertos objetos, claro es que tales circunstancias más son un elemento de capacidad personal que verdadera oportunidad. Sin embargo, esta ligera crítica no puede destruir la división establecida, porque muchos son los casos en la vida práctica en que el hombre teniendo sobrada oportunidad para violar el derecho ajeno, se abstiene de hacerlo, ni aún intenta ejecutarlo, porque su delicadeza moral, su honorabilidad, sus limpios antecedentes son vallas infranqueables que lo incapacitan para delinquir. Por eso los preceptos morales nacidos y mantenidos al calor de las prácticas cristianas y católicas son las que mayor fortaleza dan al espíritu del hombre para resistir las tentaciones.

En cuanto al valor probatorio que prestan los indicios, nuestros Tribunales y la misma Corte Suprema han proclamado el arbitrio judicial en apreciación tan peligrosa y sujeta como no hay otra a los errores humanos. Las pocas reglas

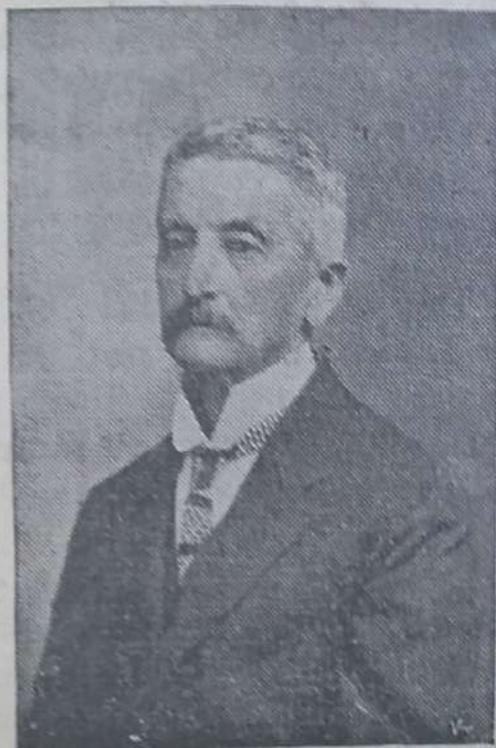
que consagra nuestro Código, cuando apenas menciona cuestión tan importante, justifica se haya formada ya una jurisprudencia tan amplia en tal sentido, que deseamos continúe siempre que nuestros Jueces y Magistrados sean probos y honrados, ilustrados e inteligentes.

FIN

Medellín, Agosto 31 de 1928.

Hernán Montoya.





Doctor Isaías Cuartas

Eminente Jurisconsulto antioqueño, quien cumplió el 17 del presente mes sus bodas de oro profesionales.

De una indiscutible competencia y una immaculada honorabilidad, el Dr. Cuartas ha ocupado en todo tiempo un puesto sobresaliente en el foro antioqueño.

De una sólida preparación científica, ha desempeñado brillantemente varias cátedras en la Facultad de Derecho, haciéndose siempre acreedor al aprecio y a la admiración de todos los discípulos.

"Estudios de Derecho" felicita efusivamente a tan distinguido profesional.

ACUERDOS:

El Consejo Consultivo de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia,

CONSIDERANDO:

- Que el 17 de este mes cumple el doctor Isaías Cuartas cincuenta años de consagración al ejercicio de la abogacía;
- Que el doctor Cuartas ha hecho de su profesión un noble apostolado de justicia, que le ha merecido el aprecio de sus colegas, de sus clientes y de toda la sociedad;
- Que su competencia jurídica, su honorabilidad acrisolada y su espíritu de perseverancia le señalan puesto de honor

al lado de los más eminentes jurisconsultos del país;
 Que como catedrático de la Escuela ha alumbrado, con sus sabias enseñanzas y con sus prudentes consejos, la senda que recorre la juventud que se inicia en el estudio de las leyes;

ACUERDA:

La Escuela de Derecho y Ciencias Políticas felicita efusivamente al doctor Isaías Cuartas por sus Bodas de Oro Profesionales y hace votos porque la Providencia le conceda muchos años de vida, que redunden en incremento de su valioso aporte para la formación y desarrollo de la cultura jurídica en Colombia.

Una comisión del Consejo Consultivo presentará copia de esta proposición al doctor Cuartas, en edición firmada por sus miembros, y la Dirección de la Escuela se servirá comunicar a las demás Facultades de Derecho de la República, y al Colegio de Abogados de Medellín, así como hacerla insertar en el próximo número de "Leyes y Letras".

Medellín, 14 de septiembre de 1928.

El Director de la Escuela, Presidente del Consejo, Miguel Moreno J.—El Representante del Consejo Universitario, José Luis López.—El Representante de la Facultad, Juan E. Martínez.—El Representante de la Facultad, David Córdoba M.—El Secretario, Horacio Tobar H.

EL CENTRO JURIDICO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y EL DR. ISAIAS CUARTAS

Proposición aprobada en sesión extraordinaria de 14 de septiembre de 1928.

"El Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia tributa homenaje de admiración y acatamiento al doctor Isaías Cuartas, con motivo de sus Bodas de Oro Profesionales, y le presenta a la juventud como modelo cumplido de profesional, de caballero y de hombre.

Alfonso Restrepo Moreno, Secretario.