

## Darío Echandía, el jurista, el magistrado\*

Dispuesta en buena hora la edición de los escritos de Darío Echandía que constituyen el rastro documental de su aporte notable y fecundo a la cultura colombiana, al pasar revista a los manuscritos se impone la observación de que no escapó él a una constante nacional, por lo demás, común a las civilizaciones en proceso de consolidación: el legado de los intelectuales, salvo quienes se dedican a la literatura y algunos casos excepcionales de investigadores obsesos, corre fundamentalmente en tradición oral: con la salvedad de discursos en ocasiones memorables, panegíricos o necrologías, prolusiones, prólogos, y en lo que hace a los profesores, resúmenes de clases, en veces con la cooperación de los alumnos o de la sola iniciativa de éstos, la figura y el pensamiento de los mayores yace, todo lo más, en el recuerdo precario de quienes los trataron y recibieron de ellos la enseñanza de su palabra y de su ejemplo.

Para quienes todo es fácil en los demás, apunta inmediato el reproche de dejadez, sin advertir lo que son los afanes de la vida diaria y el sentido inhibitorio de la modestia y la autoexigencia delante de la empresa de escribir un libro, tanto más opresivo cuanto mayor sea la instrucción y más largo el recorrido vital de

quien la contempla. La convicción de que otros atrás o contemporáneamente han desarrollado el tema conversación y profundidad y la visión propia de parte de quien no se mira a sí mismo con lente de aumento, significan un lastre duro de vencer, al tiempo que la indiferencia general, cuando no la incomprensión de muchos, no son ciertamente halagos o estímulos para la elaboración de trabajos pacientes y arduos.

El abogado, de su parte, suele escribir: ese es su oficio, siempre bajo los apremios del término: conceptos, alegatos, y quienes desempeñan la magistratura, sentencias. Anhelos de convencer, angustia de acertar; los primeros, por lo general, cumplida su misión transitoria, están llamados a una hoguera aplicada sin más tiento ni menos voracidad que la de cura y barbero al final de su donoso escrutinio en la librería del Ingenioso Hidalgo; en tanto que las sentencias, por su función de precedentes, están llamadas a perdurar y antaño entre nosotros se las solía publicar en *Gaceta Judicial* para que jueces y litigantes pudieran saber el derecho vivo, hoy condenado a la clandestinidad, junto con tantas otras cosas vivas, gratas y útiles.

Por lo demás, aquella ha sido la suerte inveterada de la jurisprudencia y la forja

del derecho. Evocando el proceso de su formación en Roma, tan importante como su consolidación en instituciones, es elemental comprobar que los manuales, explicaciones y, a la postre, los tratados, fueron un producto tardío, y no siempre feliz, de las *responsa* de los jurisprudentes, sabios en la ciencia de la vida, producto de su observación cotidiana de la realidad y de su recuerdo continuo acuciante de la equidad, tan próximo a la bondad como distante de la caridad, tan ansiosos de dar soluciones justas a los conflictos, como desentendidos del conceptualismo y de una lógica irreal resultante de la escolaridad pedante, si que también del exclusivismo del privilegio.

Para muchos será una revelación la obra jurídica del doctor Echandía y no faltarán quienes, prejudicialmente, la consideren un fruto menor, adosado a la recopilación apenas por afanes de plenitud, acostumbrados como estamos los colombianos a su imagen mayúscula de conductor político y de conciencia moral de la nación. Verdad es que el Maestro, como con respeto y devoción le llamamos quienes hemos recogido el magisterio de su vida y lo hemos incorporado a nuestra experiencia como dictado de independencia, carácter y realismo, ha desempeñado las más altas magistraturas de la República: la Jefatura del Estado en varias oportunidades, la Presidencia del Congreso, Ministerios varios en distintas administraciones, la Gobernación del Tolima, la representación diplomática ante la Santa Sede; todas sin haberlas buscado, pero tampoco rehuidas a conciencia del honor que le deparaba nuestra democracia y, cardinalmente, con espíritu servicial y vocación de sacrificio: de su tranquilidad personal, de su popularidad e, incluso, con riesgo de su propia vida,

como en el evento extremo de su última candidatura a la Presidencia de la República, que llegó a ser antes que al cadalso, al asesinato vil por soldadesca que consumó en su hermano el mandato despótico al confundirlo con él. Pero también es cierto que Echandía, antes que todo, ha sido un abogado íntegramente a plenitud, y que como tal fue juez municipal y de circuito, consultor, inclusive litigante y magistrado de la Corte Suprema de Justicia, no sólo con el decoro y la pulcritud que le son inherentes, sino con sabiduría y espíritu renovador, para beneficio perdurable de la jurisprudencia.

El ágora y el foro han servido alternativamente de ámbitos para el desempeño agonístico de letrados y caudillos en su esfuerzo de convencer a jueces, a lectores o colegas, desde cuando la especie antepuso la retórica y la dialéctica al aullido o al golpe y en tanto aquellos argumentos no se ven sustituidos por el cuerno que convoca al bando o a la secta o por la violencia legalizada. Y las distintas magistraturas o dignidades públicas han exigido ilustración, prudencia y brío, y experiencia ganada en proceso ascendente, lo que permite explicar cómo, de siempre, muchos políticos egresan de las filas de la jurisprudencia para retornar a ellas cuando el absolutismo les cierra la vía, para desde ahí continuar ejerciendo su cátedra moral y, en no pocas oportunidades, practicar la resistencia civil, la *urbana militia* paralela a las magistraturas, de que hablara Cicerón.

Nacido en las postrimerías del siglo xrx, en provincia tolimense y en el seno de familia radical: don Vicente, su padre, se contó entre los jóvenes liberales que recibieron las últimas lecciones de fe liberal en el Externado al sucederse el crepúsculo del Olimpo, el joven Darío

Echandía resultaba destinado al cultivo y al ejercicio de las artes del derecho: sus lares y sus manes, igual que su devoción personal por ellos, lo impulsaban a formarse intelectualmente de manera sólida y universal y a luchar por la justicia social, en período en que el enrarecimiento del aire político no le auguraba posibilidades de desempeño en funciones públicas.

Ingresó al Colegio del Rosario de Bogotá, cuando prácticamente habían sido clausuradas las puertas de toda escuela heterodoxa. Consagrado y solícito, adquirió un excelente manejo del castellano, dominio del latín, destreza en el empleo de silogismos, sorites, entimemas y aun sofismas, y esa devoción por el debate, el discurrir, la controversia, es decir, por la filosofía, que lo han caracterizado y que le permitirían enfrentarse con coraje y naturalidad a los más bravíos contendores en el Congreso, ensoberbecidos en la doma de potrillos ministeriales menos diestros en esas lides.

Radical de cuna, escolástico de escuela, no tardó en desasirse y en emprender caminos propios, concordados con su curiosidad intelectual y el romanticismo de su mocedad: Kant, Hegel, la izquierda hegeliana, Marx, el positivismo, el solidarismo. Para quienes en su infantilismo ignorante e insolente tratan de exigir a cada quien que se afilie a una tendencia, que se incorpore a una secta, desconcierta el realismo escéptico de Darío Echandía, su serenidad y madurez apabullantes; no las de hoy en su augusta senectud, sino las de siempre: las que puso de manifiesto junto con su garra polémica en la defensa de la reforma constitucional de 1936, revolucionaria entonces y, habida consideración del conservadurismo colombiano, todavía hoy: escrita y siempre en trance de realización futura, y las que ya se

atisbaban en sus primeros ensayos universitarios.

Darío Echandía es uno de los grandes de Colombia, al lado del Fundador de la República y del doctor Murillo, su coteráneo, quizá modelo recóndito de su trayectoria vital y, como ellos, abogado, término más cabal que el de connotación soberbia de jurista, por la actividad, la lucha, la combatividad que aquél encierra, y no por casualidad, sino por destino. El modo de ser genuino de la Nueva Granada, tan molesto a inquisidores y déspotas, que del Pacificador Pablo Murillo en adelante no han podido soportar que los "leguleyos" "ojeando códigos les promuevan enredos", es decir, les obstaculicen o impidan su propósito de imponer su verdad redentora, su "ley".

Su trabajo tesonero y aplicado a códigos antiguos y modernos, doctrina, sentencias, nacionales y foráneas, y su corrección personal y buen juicio le valieron a Echandía los máximos honores que el Colegio del Rosario discierne a sus mejores escolares, y le permitieron coronar su carrera de leyes con su *Estudio de la responsabilidad civil por los delitos y culpas*, tesis doctoral editada en 1917, cuya lectura actual al cabo de más de sesenta años de escrita, por quien se ha encargado de comentar la obra jurídica de su autor y necesariamente se halla provisto de las contribuciones de muchos doctrinantes que en el entretanto han enriquecido y transformado una materia tan vasta como rica en posibilidades de elación ideológica, no puede menos de suscitar un agrado íntimo por el rigor de la ordenación de los temas, la elegancia del idioma, la riqueza de los conocimientos y la sencillez de la exposición. Opiniones éstas que emito efusivamente, pero con el temor de incurrir en la osadía de proceder como exa-

minador tardío de quien fuera mi profesor y examinador del trabajo que en mi día hube de presentar para el lleno de formalidades académicas análogas. Con todo, el hecho es que la monografía de marras vale por sí misma, sin necesidad de agregarle el desempeño ulterior de quien la elaboró y bien puede estudiarse hoy con provecho y tomársela como modelo de dicción y método.

Sin detenerme en el desarrollo de la materia, donde se encuentran anticipos de reformas legislativas y jurisprudenciales cumplidas luego, para un tratamiento más adecuado del daño causado en el ejercicio de actividades peligrosas o en el empleo desviado de un derecho subjetivo, e insinuaciones atinadas a propósito de la clasificación de la injuria en daño a los bienes de la personalidad y daño al patrimonio, y sobre el resarcimiento de aquél y del daño moral propiamente dicho, como lo podrá comprobar el lector, deseo destacar el criterio del escolar de entonces y su actitud ante el derecho, demostrativos de su altura y de la continuidad y autenticidad de su pensamiento, vertido en estas líneas del exordio:

«El esclarecimiento de una cuestión jurídica es el resultado de un doble trabajo de análisis y de síntesis, que aquí como en cualquiera otra ciencia, se aúnan y completan para conducir la mente humana en el empeño de obtener verdades nuevas. De estas dos formas de razonamiento resultan dos métodos que intervienen ambos en la ciencia del Derecho. El método sintético, llamado impropriamente filosófico, procede por deducción sacando los principios morales grabados en la conciencia humana que constituyen la ley natural, consecuencias que promulgadas y sancionadas eficazmente por la autoridad pública, toman el carácter de leyes

positivas. Con este método las instituciones legislativas se explican por sus causas trascendentales, y se refieren a los axiomas de la razón práctica, para averiguar si están o no conformes con los dictados de la equidad natural.

«Pero las leyes existentes en un país y en un tiempo dados no son simples derivaciones abstractas de la ley natural: en su formación influyen causas externas diversas cuyo conjunto se ha denominado *medio ambiente*. La experiencia demuestra, en efecto, que allí donde cambian las condiciones de la vida de los pueblos, cambia paralelamente su legislación. Este hecho se explica porque siendo las leyes manifestaciones directas de las necesidades sociales, cualquier mudanza introducida en éstas trae una modificación en su sistema legislativo. De aquí la necesidad de tener en cuenta las circunstancias geográficas, étnicas, etc., de los pueblos, cuando se trata de estudiar sus legislaciones.

«Por otra parte, si bien es cierto que las sociedades políticas una vez llegadas al ápice de su desarrollo decaen y acaban por desaparecer, es también un hecho histórico indudable que sus monumentos jurídicos pasan como un legado a las generaciones futuras, a las cuales sirven de base para el esfuerzo de transformación del cual resultan nuevas leyes. Aun entre los estados coexistentes en una misma época se observa una influencia recíproca en sus normas legislativas, tanto más eficaz y apreciable, cuanto más fuertes y más cultos sean los que ejercen respecto de los que ocupan una posición política y científica de orden inferior. Por eso el que pretenda explicar los textos legales de un país determinado, deberá rastrear su origen en las legislaciones extranjeras que de uno u otro modo hayan podido influir en ellos, a fin de conocer sus cau-

sas externas y próximas. Tal es el método analítico o histórico».

Numerosos son los conceptos emitidos por Echandía como "abogado en ejercicio", gratuita o cuasi-gratuitamente y no por opulencia, sino por su sentido de austeridad y por su estilo frugal y, si se quiere, estoico de la vida. Es la jurisprudencia genuina: *honor, honus, onus*: honor, respeto, dignidad, clase, peso, carga. De entre ellos se seleccionó el que rindiera acerca de la integración de la junta directiva del Banco de la República y su no modificabilidad unilateral por ley, donde, en lenguaje macizo y sobrio, con sólido apoyo doctrinal, interpreta los cánones constitucionales que ideara y sacara adelante en la reforma de la República Liberal, sobre la intervención del Estado, la función social de la propiedad y los derechos adquiridos, el contrato administrativo, el servicio público, el poder estatal de emisión de moneda, para puntualizar, con autoridad científica y moral, cómo, al propio tiempo que los derechos patrimoniales y, entre ellos el máximo, que es la propiedad, tienen una función social, cuyo ejercicio implica obligaciones, que el constituyente no definió, pero sí dio un criterio para definirlos: «El del interés social que va envuelto en el ejercicio del derecho: corresponde al legislador definir las obligaciones anejas al ejercicio de los derechos patrimoniales privados. Es decir, que el legislador está facultado para imponer obligaciones o restricciones al ejercicio de la propiedad privada, dígame de los derechos patrimoniales privados. Lo cual es otra forma de decir que está facultado para limitar el contenido de esos derechos, la extensión y alcance de las facultades que los constituyen», en cuanto concierne a los poderes de la autoridad, Estado, es también evidente la

limitación de su proceder: «porque el Título 3º de la Constitución Nacional, dice "de los derechos civiles y garantías sociales", no tiene otra finalidad que la de limitar el ejercicio del poder público frente a ciertos derechos que se reconocen a los gobernados. Es el reconocimiento en nuestra Carta Fundamental de que la Nación colombiana es un Estado de derecho y que en ella, el ejercicio del poder público tiene como límite un conjunto de derechos fundamentales reconocidos a los gobernados, derechos que no pueden ser desconocidos por los órganos del Estado [...] Sin que, por otra parte, la protección a los derechos patrimoniales adquiridos en virtud de un contrato, que consagra nuestra Constitución en su artículo 30, se oponga en manera alguna a que el legislador restrinja la libertad económica de los individuos; no se opone al principio de la intervención del Estado en la economía privada, intervención que adopta la forma jurídica de una restricción a la libertad de contratar[ ...] Al legislador no compete definir los derechos en los casos singulares o determinados, sino por vía de disposición general, que es lo que constituye la ley en sentido material, y ésta es la primera y más elemental de las garantías de la libertad en el Estado de derecho. Así, el Organismo Legislativo en Colombia puede dictar una disposición de carácter general, por motivos de utilidad pública, que vulnere derechos adquiridos por particulares conforme a la legislación anterior, y no obstante ello, la disposición deberá aplicarse, salvo las indemnizaciones a que tengan derecho, según la misma Constitución, los particulares lesionados, pero no puede dictar una ley que se refiera a un caso determinado y personal y que tenga por objeto desconocer un derecho radicado en una

persona determinada, o cambiarlo de sujeto».

A la Corte Suprema de Justicia llegó con 1954 y en ella permaneció todo ese año, en el propósito de restaurar la confianza perdida en la jurisdicción, y con ímpetu renovador, en que lo acompañaron juristas eminentes, varios de ellos condiscípulos suyos consagrados todos a una tarea que hizo recordar la Corte ilustre de 1935, que él contribuyera a integrar como ministro de Gobierno en la primera administración de Alfonso López. Noble aliento de las esperanzas puestas en el *golpe de opinión*, según su apelativo afortunado, que a poco se vanaron por la ceguera, la codicia y el conservadurismo de lo que vino a convertirse en una dictadura militar.

Una sentencia de constitucionalidad y diecisiete de casación fueron pronunciadas en ese tiempo con ponencia del magistrado Darío Echandía\*\*. En estas sentencias, como bien puede apreciarse aun por quienes no tengan preparación jurídica o, teniéndola, no sean versados en el ramo o en la técnica del recurso de casación, sobresalen la sencillez y el rigor de la argumentación; la construcción de las frases es elemental, repetitiva y, por eso mismo, contundente, demoledora, así puede no estarse de acuerdo con el giro interpretativo de esta o aquella norma o el sentido de alguna conclusión. Es la exégesis en sus mejores manifestaciones: conocimiento cabal, si se quiere preciosista, de las disposiciones en singular y del sistema del ordenamiento; convicción de que los preceptos están contenidos en textos que emplean sustantivos, adjetivos, adverbios y tiempos gramaticales que poseen un significado preciso de conocimiento y respeto forzosos, que no puede dejarse de lado, sea por igno-

rancia, confusión mental o inconformidad. Delimitación cabal de los campos de acción del legislador y del juez, quien no puede suplantar al legislador bajo ningún pretexto. El derecho concebido como un sistema compacto, armónico y unitario, que cumple una función: para el caso la de resolver los conflictos entre particulares, confiada al juez. Juez que se ve actuando con majestad y elegancia, desprovisto de cualquier asomo de soberbia, celoso de guardar distancias y de imponer la justicia y la equidad.

La obra jurídica de Echandía se proyectó con intensidad y hondura en el terreno legislativo: estuvo presente en todas las reformas constitucionales realizadas de 1936 en adelante y son muchas las disposiciones que muestran el sello de su personalidad: su espíritu de avance social, igualitario; su romanticismo realista; su agnosticismo; y, por qué no decirlo, la decepción que le ha dejado tanta ilusión fallida, no suya, sino de la nación. Fue él quien emprendió la tarea de reforma de la administración de justicia, para volver a los cauces institucionales y de prestancia de los sistemas y las gentes, que se realizó bajo el gobierno del presidente Carlos Lleras Restrepo entre 1968 y 1970. Y a él también le cupo la responsabilidad de tramitar como embajador ante el Vaticano la reforma del Concordato de 1887, a partir de 1937 y de defenderla luego en el Congreso. Obra entonces frustrada por el fanatismo político-religioso colombiano, el poco deseo de la Iglesia de consumir la enmienda y la falta de decisión gubernamental, y a la que él hubo de volver en 1969. Lo cierto es que el Concordato Vázquez-Palmas de 1973 difiere en muy poco del Echandía-Maglione de 1942, no obstante su distancia en el tiempo y la enormidad de los cambios

cumplidos en el seno de la comunidad católica.

Este volumen se contrae a las manifestaciones del abogado, es decir, durante el poco tiempo que la febril actividad del político y del estadista le concedió para la elaboración de un pensamiento diáfano en el ámbito del derecho privado, en las distintas materias que ocuparon su atención.

Cuán distante de la realidad es esa visión caricaturesca del doctor Echandía que algunos tienen, tendido en una hamaca, en vida contemplativa, producto tan sólo de una interpretación distorsionada de su carencia de ambiciones personales, de codicia, de ansia de poder. Que si aquél hubiera sido su discurrir vital, el fruto de sus cogitaciones y de su investigación sería más abundante y nutrido. Tal el costo de la abnegación y la voluntad de servicio a la patria y al partido de este Cincinato colombiano, ávido de retornar a sus códigos, sus expedientes y libros, tras de cada batalla abnegada por la libertad y el mantenimiento de las instituciones republicanas y democráticas, sin asomo de ínfulas, para volcarse sobre el estudio de la responsabilidad civil, la posesión, la reivindicación, la partición, el testamento, la prueba, en fin, tantas materias atractivas y difíciles del derecho común, objeto de sus querencias íntimas, y de paso, siempre fugaz, al ejercicio de la cátedra de filosofía del derecho, a soportar, gustoso de la polémica, las impertinencias y los paralogismos de tanto estudiante novel, como fue mi caso, a quien se le ofrecía preciosa la oportunidad de liarse en discusión con un parlamentario veterano, ex Presidente de la República, de quien recibía, a manotadas, lecciones de respeto y de generosidad, en medio de una extraordinaria vehemencia

en la argumentación y de expresiones cortantes para estímulo del estudio y de la seriedad intelectual.

Darío Echandía ha tenido la presuntuosidad de ser modesto y el carácter y la suerte suficientes para que se le haya tolerado que lo sea, auténtico, y se le respete en esa condición.

Bogotá, enero de 1980.

FERNANDO HINESTROSA  
Rector  
Universidad Externado de Colombia

\* El presente texto se publicó como introducción al tomo V de las *Obras selectas de Darío Echandía*, selección de textos de Aníbal Noguera Mendoza (Bogotá: Banco de la República, 1982). *Revista Derecho del Estado* lo reproduce aquí como homenaje en el centenario del nacimiento de Darío Echandía, celebrado el 13 de octubre de 1997.

\*\* CORTE PLENA. Marzo 16, 1954.- *Imposibilidad de decidir sobre la constitucionalidad de ley que autoriza celebrar un contrato, una vez celebrado éste o de ley que aprueba uno que ya se celebró.*

Un nítido deslinde de las competencias estatal y particular: la ley que autoriza la celebración de un contrato por parte de la Nación no es susceptible de ser declarada inexecutable o contraria a la Constitución, no obstante el poder general de la Corte para dicho pronunciamiento, si el contrato en cuestión fue ya celebrado; igual ocurre con aquélla que aprueba un contrato: el efecto invalidatorio de la ley y, por ende, del contrato respectivo, equivaldría al de una declaración de nulidad sin audiencia en juicio de las partes contratantes.

(Doctrina que aplicada a los tratados internacionales llevaría a la Corte, años más tarde, a rehusar el juzgamiento de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de ellos, entre otras, la de desarrollo del pacto concordatario de 1924).

CASACIÚN. Marzo 30, 1954.- *Error en la apreciación de las pruebas como base para el recurso de casación. Poderes de la Corte y discrecionalidad del fallador de instancia.*

Ha sido doctrina constante que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compar-

tida por la Corte. Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho ... De lo contrario, entraría la Corte a decidir sobre el propio proceso lógico de la convicción del Tribunal, formada dentro del campo que la ley ha dejado a su juicio.

CASACIÓN. Marzo 31, 1954.- *Inexactitudes y reticencias en la declaración del asegurado de vida. Confesión judicial del padre de familia.*

"Si la compañía aseguradora no toma la precaución de hacer practicar un examen médico, debe entenderse que quiere asumir todos los riesgos que resulten de la mala salud del asegurado. Pero ¿qué decidir en el caso de que tal examen sea practicado y el dictamen médico sea favorable? Podría suponerse, en efecto, que si, cuando no se hace practicar el examen, debe presumirse que la compañía asume todos los riesgos resultantes de la mala salud del asegurado, con mayor razón debe entenderse que los asume, cuando el dictamen se practica y de él resulta que el asegurado tiene buena salud. Pero esta última interpretación no tendría fundamento. Porque si la compañía no toma aquella precaución es racional entender que no se preocupa, para asumir los riesgos del estado de salud del asegurado; pero si la toma, no hay razón para aquella presunción, y no habría por qué negarle, en esta última hipótesis, el derecho de probar que, a pesar del dictamen médico, el asegurado tenía mala salud y lo ocultó, con mucha mayor razón cuando ha sido interrogado sobre determinadas circunstancias que debían servir a la compañía para reconocer ese estado de salud, y por tanto, para medir la extensión de los riesgos que iba a asumir.

"Y aun en el caso de que no haga practicar el examen, si la compañía interroga al asegurado acerca de determinadas circunstancias de su salud, este interrogatorio demuestra que ella difiere al dicho de aquél sobre esas circunstancias y, por consiguiente, su consentimiento en asumir los riesgos está, en ese caso, todavía más condicionado a la sinceridad de las respuestas. Se concluye, pues, que el hecho de que la compañía no haga practicar el examen médico o de que el dictamen sea favorable al asegurado, no exime a éste de la obligación de responder con sinceridad al interrogatorio que aquélla le haga acerca de las circunstancias de su salud y esto es así porque el

cuestionario o interrogatorio forma parte del contrato ..."

El padre (y la madre legítima, en su caso) tiene un derecho de usufructo sobre los bienes del hijo bajo patria potestad (artículo 291 del C. C.). El crédito de un menor es, pues, objeto de este usufructo legal del padre de familia. Cuando el usufructo recae sobre cosas fungibles, como el dinero, el usufructuario tiene la propiedad de la cosa y sólo está obligado a restituir igual cantidad y calidad (artículo 823 del C. C.). El objeto del crédito del menor es, en este caso, una cantidad de dinero. El padre, o la madre en su caso, administra los bienes del hijo. Tratándose de un crédito, acto de administración es cobrarlo. Pero si el padre tiene el usufructo legal del crédito, al cobrarlo tiene la facultad de disponer de la cosa fungible -dinero- que es su objeto. Y es forzoso admitir, entonces, que el usufructo legal del padre sobre un crédito cuyo objeto sea una cantidad de dinero le da derecho para ejecutar actos de disposición o enajenación sobre él. Se concluye, pues, que la señora demandante podía ejecutar actos de disposición o enajenación sobre el crédito de su hija menor que se obre en el juicio y, por consiguiente, que podía confesar por ella.

CASACIÓN. Abril 21, 1954.- *Poseción efectiva de la herencia. Partición y adjudicación. Comparación y calificación de los títulos en proceso reivindicatorio.*

En el momento de la muerte del *de cuius*, la herencia se defiere a los herederos y, merced a tal delación, ellos adquieren la *posesión legal* de aquélla. Pero esta posesión legal no habilita al heredero para ejecutar actos de disposición sobre ningún inmueble determinado de la masa hereditaria; para tal fin se necesita el decreto de *posesión efectiva* de la herencia, mediante el cual los herederos, de consono, pueden enajenar los inmuebles ... Si el poseedor inscrito fallece, el inmueble junto con toda la universalidad herencia! es adquirido en común en virtud de la delegación de la herencia, por los herederos del difunto. Entonces debería poder ser enajenado por los herederos. Pero, para que ellos puedan hacer esa enajenación, la ley exige (artículo 757 C. C.), que se haga constar en el registro el derecho de quien aparece disponiendo de ese inmueble que está inscrito a nombre de otro; y fue con este fin con el que ideó el legislador el decreto de posesión efectiva de la herencia y su inscripción en el

registro, para inscribir en éste que, por el hecho de la muerte del poseedor inscrito, pueden, en adelante, sus herederos ejecutar actos de disposición sobre ese inmueble que, hasta entonces, aparece inscrito a nombre del difunto. Y esta inscripción es necesaria porque sin ella, quedaría una interrupción o laguna en la historia de la propiedad raíz, historia que es el objeto de la institución del registro [...]

Y si tal es el objeto de la prohibición, la sanción de ésta no puede ser la nulidad del acto de disposición que la contraviene. Porque nuestra legislación distingue, en toda tradición, entre el acto de la entrega, que tratándose de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el registro, y ese *título*, que es la causa jurídica que sirve a la entrega de antecedente y fundamento. La validez del acto, título de la tradición, es independiente de la del modo de transmitir, a consecuencia de ese acto, el derecho de dominio. En nuestra legislación, el dominio y los demás derechos reales no se adquieren por el solo efecto de los contratos; la venta de cosa ajena vale, precisamente porque la venta, por sí sola, no transmite el dominio de la cosa vendida al comprador, sino que sólo es título de esa transferencia que el vendedor debe hacer en cumplimiento de su obligación contractual; y, por consiguiente, la imposibilidad en que pueda encontrarse el heredero para hacer en forma legal la tradición del dominio del inmueble hereditario que ha vendido sin haber obtenido la posesión efectiva de la herencia ni haberla hecho inscribir, no afecta la validez del título que debe servir de base a la tradición, la cual consiste en la inscripción de ese título en el registro. De lo anterior se desprende que si los herederos venden un inmueble de la sucesión antes del decreto de posesión efectiva, la venta es válida, pero su inscripción en el registro no transfiere el dominio de la cosa vendida al comprador [...]

Con el registro de la sentencia de partición y adjudicación de los inmuebles hereditarios, se cumplen las finalidades que la ley busca con el derecho de posesión efectiva, respecto de los inmuebles que por esa sentencia se adjudican a los herederos ... ese registro muestra la transmisión del dominio del causante a los herederos y determina bien cuáles de esos inmuebles adquirió cada heredero desde el momento de la delación de la herencia. Como con el registro de esas hijuelas de adjudicación sí se cumple plenamente el propósito que la ley tiene en mira con el decreto de

posesión efectiva de la herencia, este último no viene a ser útil sino para disponer de determinados inmuebles hereditarios antes de la sentencia de partición y adjudicación, pues después de ésta, cada heredero tiene plena facultad dispositiva sobre aquellos inmuebles que se le hayan adjudicado por dicha sentencia [...]

El papel del juzgador en el juicio sobre reivindicación no se limita a la simple comparación de los requisitos formales externos de las escrituras presentadas por las partes; pues, para decidir qué títulos de dominio tienen preferencia, debe examinar la validez y eficacia de los actos jurídicos que constan en esa escritura, a fin de saber si ellos son constitutivos, traslativos o declarativos de dominio a favor de quien los invoca y qué valor relativo tienen esos actos jurídicos frente a los que la contraparte invoque y pruebe en su favor [...]

CASACIÓN. Mayo 15, 1954.- *Recepción material y recepción formal del derecho canónico, su independencia y su aplicabilidad por mandato concordatario.*

En virtud de las estipulaciones concordatarias, el Estado colombiano reconoció a la Iglesia Católica como persona jurídica de derecho público eclesiástico con potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional. Ellas reconocen el derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano, pero que puede producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, cuando ésta difiere, en ciertas materias, expresamente al derecho de la Iglesia. Según la doctrina actual de los canonistas acerca del sentido y el alcance de esa referencia del ordenamiento jurídico del Estado al ordenamiento jurídico de la Iglesia sólo son posibles, en tal materia, dos posiciones que suelen designarse con los calificativos de *referencia material o recepticia* y *referencia formal o no recepticia*. En la primera, las normas canónicas se consideran como incorporadas al derecho del Estado, en el sentido de que le prestan su contenido, quedando de esa manera sustraídas al ordenamiento de su origen, sometidas a la influencia de las concepciones del derecho que las recibe e íntimamente transformadas por éstas. En la segunda, las normas canónicas son tomadas por el derecho del Estado y hechas válidas o exequibles en éste, como simples normas indicativas, es decir, como normas que continúan considerándose extrañas al ordenamiento jurídico que las recibe y

existentes en el ordenamiento jurídico de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento de su origen

En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia ... De esto se desprenden consecuencias importantes, entre las cuales pueden citarse la posibilidad de denunciar las violaciones de norma canónica, aun en casación ...; la aplicación de esas normas por los jueces del Estado, aun cuando no sean expresamente invocadas por las partes en los juicios civiles; la necesidad de que su interpretación sea hecha según los criterios que establece el mismo derecho canónico; la no aplicabilidad, respecto de las normas canónicas, de algunos criterios propios del derecho del Estado, que están en oposición con los del Derecho Canónico, por ejemplo, del principio rígido de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y, particularmente, la imposibilidad de considerar que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución.

CASACIÓN. Mayo 25, 1954.- *Cosas abandonadas y cosas sin dueño aparente. Bienes mostrencos. Ocupación y adjudicación. Por naturaleza los créditos no pueden ser bienes mostrencos.*

La doctrina ha distinguido entre las cosas que no tienen dueño aparente y las que han sido abandonadas por su dueño. Desde el derecho romano se distinguían las *res nullius*, cosas de nadie, de las *res derelictae*, cosas abandonadas que se caracterizan porque han tenido dueño pero han sido abandonadas por él, con la intención de desprenderse de su dominio, para que el primer ocupante las adquiera. Las cosas al parecer perdidas, que en el derecho francés se designan con el nombre de *épaves*, constituyen una tercera categoría, pues ellas no han sido abandonadas sino que han sido perdidas por su dueño. En este caso, no hay intención de abandonarlas.

Las cosas mostrencas son las cosas perdidas respecto de las cuales no ha habido en el dueño intención de abandonarlas, por lo cual aquél conserva siempre el derecho a recuperarlas, salvo cuando ya han sido enajenadas por el municipio. Con esta denominación de *mostrencos* se designaban en el antiguo derecho español los bienes

perdidos que, si no eran reclamados por sus dueños, para cuyo efecto debían ser mostrados y pregonados, se adjudicaban al inventor o primer ocupante y más tarde al Estado.

En el derecho chileno estos bienes se designan con el calificativo de *cosas al parecer perdidas*. Este es el concepto de bienes mostrencos en nuestra legislación.

Según la definición del artículo 706 de nuestro Código Civil, mostrencos son los bienes muebles sin dueño aparente o conocido, es decir, que son especies muebles cuyo dueño no aparece ni se sabe quién es; cosas que aparentemente fueron perdidas por su dueño. Este no las ha abandonado para que las ocupe quien las encuentre, sino que las ha perdido, y por eso la investigación judicial se dirige a dar con el dueño. Si éste no es hallado, se adjudican al municipio donde se encontraron, con participación para su inventor.

Si el bien que se pretende sea declarado mostrenco es la nuda propiedad sobre un dinero (precio de la expropiación de un inmueble con limitación del dominio establecida por testamento), entonces lo que se denuncia como bien mostrenco es el crédito, y los créditos, que no son cosas corporales, no pueden ser bienes mostrencos. Porque la calidad de *mostrencos cosas al parecer perdidas* no puede predicarse de las cosas que no pueden ser objeto de la percepción sensible; esas cosas incorporales no se pierden; puede perderse el documento material con que se prueba un crédito, no el crédito mismo. Este puede extinguirse pero no perderse o extraviarse. Se pierde o extravía un cuerpo, una porción de materia perceptible por los sentidos, no un ser incorporeal.

CASACIÓN. Julio 5, 1954.- *Prórroga del arrendamiento por conducta concluyente o tácita reconducción. La necesidad de consenso. Voluntad contraria unilateral.*

Nuestro Código Civil, apartándose en esta materia de otras legislaciones, como la francesa, sienta como regla que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario no debe entenderse como una renovación del contrato. Sólo por excepción acepta la renovación o prórroga tácita que en la terminología tradicional se conoce más comúnmente con el nombre de *tácita reconducción*. Esta tiene cabida cuando se trata de una cosa inmueble y las partes han manifestado por un hecho inequívoco su intención de perseverar en el arriendo. Hecho inequívoco es, según el texto, que el arrendatari-

pague, con el beneplácito del arrendador, el canon correspondiente a cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación del contrato. Pero es claro que semejante presunción sólo tiene a suplir la voluntad expresa de las partes y sólo cabe en el silencio de ellas. Si las partes expresamente convienen en prorrogar el término del arriendo, no hay tal presunción ni hay, evidentemente, prórroga tácita o presunta; si, por el contrario, ellas manifiestan expresamente su voluntad de no prorrogar, entonces tampoco habrá lugar a la presunción, o, más exactamente, ella quedará destruida por esa expresa manifestación de voluntad en contrario. En suma: sobre la voluntad tácita o presunta prevalece la voluntad expresa.

Las partes están de acuerdo en que los cánones correspondientes al trimestre posterior a la expiración del término fueron pagados por consignación. Los arrendatarios, sin embargo, alegan que la sociedad arrendadora recibió las sumas consignadas, indicando mediante ese hecho su beneplácito al pago. A su turno, aquella sociedad sostiene que no hubo tal beneplácito porque al recibir las cantidades materia de la consignación, el arrendador dejó expresa constancia de que esa aceptación o recibo del pago no implicaba prórroga del contrato. La decisión sobre este punto depende del sentido que se le dé al artículo 2014 del C. C., a saber, de que se considere que él establece una presunción legal de la voluntad de prorrogar el contrato, presunción que se desvanece por la voluntad expresada en contrario; o de que se juzgue que la prórroga fundada en la aquiescencia del arrendador al pago hecho por el arrendatario no se apoya en una presunción legal, sino que el artículo 2014 establece que, en el caso del pago y por el hecho del pago, se forma o constituye una relación jurídica entre arrendador y arrendatario, para cuya formación la ley no considera necesario que haya un acuerdo de voluntades de las partes acerca de la constitución de esa relación o vínculo. Pero a semejante interpretación no se podría llegar sin violentar las expresiones usadas por el texto que se comenta cuando exige que el arrendador dé su *beneplácito* al pago que haga el arrendatario y cuando se considera este hecho como *manifestación inequívoca de la intención de prorrogar el contrato*. Siendo esto así, parece evidente que, al dejar el arrendador expresa constancia de que al recibir el pago de lo consignado no lo hacía con intención de aceptar la prórroga,

dejó sin fundamento la presunción de su consentimiento en esa prórroga, que es la base de la tácita reconducción.

CASACIÓN. Julio 21, 1954.- *Nulidad de los actos celebrados por un menor. Ratificación tácita. Requisitos de los actos de ratificación. Ratificación tácita posterior a la demanda de nulidad.*

Celebrada una permuta directamente por un menor de edad y habiendo él demandado la nulidad relativa de ella una vez llegado a la mayoría, el Tribunal ha estimado que la constitución de una hipoteca sobre el inmueble con posterioridad a la presentación de la demanda, hecho en que el demandado fundamenta una intención presunta de ratificar, la manifestación expresa de la voluntad del demandante de no sanear la nulidad debe prevalecer sobre el querer tácito o presunto. En otros términos, la presunción de que el menor llegado a la plena capacidad tuvo intención de ratificar el acto nulo, se desvanece en este caso, ante su voluntad expresa de obtener la declaración de nulidad. Esto es así porque la ratificación no es otra cosa que la renuncia a la acción de nulidad y contra la presunción de renuncia a esa acción prevalece la voluntad expresa de ejercitarla ... Deno ser así, ello equivaldría a darle al hecho posterior a la demanda el alcance de renuncia tácita del demandante a la acción, y sería tanto como equipararlo a un desistimiento del pleito sin el lleno de las condiciones exigidas por la ley para tal desistimiento.

Si aparece que el menor disfrutó la finca y entró a disfrutarla cuando era menor de edad, no puede considerarse que la simple persistencia de ese estado sin que a éste se agregara ningún acto nuevo demostrativo de su voluntad de renunciar a la acción de nulidad y ejecutado después de llegar a la mayor edad, baste para fundar la presunción de que, al dejar de ser incapaz, quiso ratificar el acto nulo, o sea, renunciar a la acción de nulidad. La verdad de esta aseveración se ve mejor teniendo en cuenta que la ley da al menor, después de que llegue a la mayor edad, un plazo dentro del cual puede ejercer esa acción. Ese plazo es el término de la prescripción. Si en el presente caso se admitiera que el demandante perdió su acción por no haber ejecutado, al llegar a la mayor edad, un acto positivo para demostrar su voluntad de no aceptar el contrato nulo, se echaría sobre él, por una parte, la carga de la prueba del hecho negativo de no haber querido, ya mayor, renunciar a esa acción, lo que sería evidentemente violatorio de las normas legales que definen

la ratificación tácita, pues éstas exigen un acto positivo demostrativo de la voluntad de renunciar a dicha acción; o bien, se le obligaría, para destruir esa presunción en su contra, a demandar la nulidad del acto inmediatamente después de llegado a la mayor edad, lo cual sería violatorio de las normas que definen la prescripción de la acción y señalan su término.

No basta que el menor hubiera ejecutado los actos calificados como de ratificación; es necesario, además, probar que esos actos los ejecutó después de haber llegado a la mayor edad y con intención de ratificar.

CASACIÓN. Agosto 3, 1954.- *Oponibilidad al cesionario de un crédito de la carta de pago y, en especial, de los asientos de contabilidad del cedente. Defensas del cesionario.*

La tesis más favorecida por la doctrina es la de que el cesionario no es tercero respecto de la carta de pago extendida por el cedente al deudor... ¿Los asientos en los libros comerciales del cedente son asimilables, para los efectos de su fecha cierta respecto del cesionario, a recibos o cartas de pago expedidos por quien lleva tales libros? Es evidente que la completa asimilación no cabe. Se explica que, tratándose de un recibo, documento que reposa en manos del deudor, se hace verosímil la antedata y obra contra él la presunción de insinceridad de la fecha; pero tratándose de documentos que no están en poder del deudor, y que éste no tiene por qué conocer, como son los libros de comercio del acreedor, no hay razón para exigirle que haga valer inmediatamente los asientos de pago, ni la hay, por consiguiente, para presumir, si no los invoca inmediatamente, la insinceridad de tales asientos. Al contrario, si se tiene en cuenta cuál es la causa de que los asientos de contabilidad prueben contra el comerciante que los hace -causa que no es otra que la psicológica de que debe presumir que es verdadera una anotación que hace el comerciante en su propio perjuicio- se reconocerá fácilmente que no hay razón para afirmar que los asientos que perjudican al cedente, no pueden ser opuestos al cesionario. Porque las circunstancias especiales de verosimilitud que rodean las anotaciones del comerciante en su perjuicio, no permiten lógicamente que se haga, para esos asientos, una excepción al criterio expuesto atrás según el cual, cuando en el documento privado se hace constar una relación jurídica estrictamente personal, como es el pago de la deuda, el cesionario del crédito no

debe considerarse como un tercero respecto de tal documento.

Y la causa de que pueda oponérsele el documento sin considerarlo como tercero es, precisamente, como Jo explica Lessona ..., que, en este caso, el cesionario puede probar, con todos los medios de prueba, que no hubo tal pago, o bien, que éste se hizo después de haber adquirido su posición de cesionario del crédito y en perjuicio de esa posición. El demandado, en casación, pretende que el tribunal incurrió en error de derecho, al admitir que el cesionario del crédito podría probar contra Jo que consta en los libros del cedente... Salta a la vista lo infundado de semejante tesis que pretende, al mismo tiempo, que al cesionario puedan oponérsele tales asientos, y que no se le pueda admitir a probar contra ellos. Es precisamente porque puede probar contra ellos, *con todos los medios* por lo que pueden oponérsele los libros de su cedente. La tesis contraria carece de fundamentos de razón y de justicia.

CASACIÓN. Agosto 19, 1954.- *Imposibilidad del testador para firmar, constancia de ella; firma a ruego.*

Como según nuestro código, no era necesario que la testadora misma declarara su impedimento, basta con la certificación o atestación del notario para considerar demostrado que la testadora quiso firmar pero que *no pudo hacerlo* por causa de la imposibilidad física en que se hallaba. Y *la voluntad de firmar fue expresada por la testadora* puesto que rogó a A. que firmara por ella. Aparece, pues, que se expresó en el testamento que la testadora no firmaba por no poder y que este no poder fue motivado por imposibilidad física.

El precepto que manda expresar la causa de que el testador no firme, no puede entenderse en el sentido de que no baste la mención de que, por causas físicas no puede firmar, sino que es necesario, además, *determinar precisamente* esas causas. Si así fuere siempre habría lugar, en estos casos, a anular el testamento, so pretexto de que las causas expresadas no fueron suficientemente precisas, rigurosas o científicas. Y el notario no puede suponerse omnisciente, para que el legislador, racionalmente, pudiera hacer tal exigencia. En realidad, de lo que se trata es de que debe aparecer, del acto mismo del testamento, que el testador *no se negó* a firmarlo, pues en este caso no habría habido manifestación de su voluntad *aprobatoria del testamento*. Lo que debe apare-

cer en el testamento es que, si no está firmado por el testador, esa omisión tuvo como causa o su ignorancia o su imposibilidad física de firmarlo, porque de lo contrario la renuencia a firmar, tendría que interpretarse como la expresión de la voluntad del testador de rechazar el testamento. Basta, pues; con que el notario certifique que el testador no firmó porque *no sabía* o porque *no podía materialmente* firmar. Esta es la causa de que habla el artículo 1075 del C. C.

CASACIÓN. Agosto 27, 1954.- *Presupuestos procesales y legitimación en la causa. La impugnación de un acto jurídico exige la prueba de éste, y si no se prueba se impone fallar en el fondo y absolver.*

En el caso de este pleito el tribunal de instancia se inhibe de fallar sobre el fondo porque echa de menos el presupuesto -que él llama *procesal*- de legitimación en la causa de la parte demandada. ¿En qué consiste, según el tribunal, este presupuesto cuya deficiencia motivó aquella inhibición? En que el demandante no probó la existencia de los testamentos a que se refieren las declaraciones pedidas en la demanda. ¿Por qué no la probó? Porque faltan a los documentos presentados para demostrarla las debidas autenticaciones, lo que hace que esos documentos no puedan ser tenidos como prueba.

Bien se ve, de acuerdo con la doctrina de la Corte [...], que en el presente caso se trataría ciertamente, según el tribunal, de la falta de la *legitimación en la causa de los demandados*, tomando esta expresión no en el impropio sentido en que la toma en su fallo el tribunal sentenciador, esto es, como un *presupuesto procesal* que se refiere al rito procedimental, sino en el sentido de *elemento estructural* de la acción, cuya prueba es necesaria para que prospere la demanda.

Pero, en realidad lo que sucede en el presente caso es que la acción no prospera, no porque el demandante no haya acreditado que él y el demandado pueden comparecer en juicio, en general, o que pueden comparecer, en particular, a sostener los intereses controvertidos en este juicio, sino porque no ha acreditado un hecho al cual subordina la ley el derecho deducido en el juicio. Ese hecho es la existencia de los testamentos cuya nulidad se demanda. Si los testamentos no existen, no hay acción de nulidad de ellos; como si el contrato no existe, no hay acción resolutoria de él. Y así como cuando se ejercita la acción resolutoria y el demandante no prueba la existencia del contrato cuya resolución pide, el tribunal

no debe abstenerse de fallar sobre el fondo sino absolver al demandado por no haber acreditado el demandante los hechos fundamentales de su acción; y así también, cuando se pide la nulidad de un testamento y el actor no acredita la existencia de ese acto testamentario, lo que procede no es que el sentenciador se abstenga de fallar sobre el fondo, sino que absuelva al demandado por no haber demostrado el demandante la existencia del derecho deducido en juicio.

CASACIÓN. Septiembre 30, 1954.- *La declaración de prescripción adquisitiva de dominio que se haga en un proceso reivindicatorio en favor del demandado es relativa al demandante, y no tiene efectos "erga omnes". Para reivindicar con título de prescribiente no es menester la declaración previa, en otro proceso, del título.*

El juez que reconoce la existencia de la prescripción adquisitiva *no crea el título, sino que lo reconoce, es decir, declara su existencia anterior*. y no hay ninguna razón para exigir que se surta un juicio previo para aceptar ese título, pues la declaración del dominio en la acción reivindicatoria es relativa.

CASACIÓN. Octubre 27, 1954.- *Prejudicialidad penal: cuando la pretensión indemnizatoria se funda en incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato, no procede la suspensión del proceso civil, porque en éste no influye la responsabilidad penal.*

Cuando se trata del ejercicio de la acción derivada del contrato de transporte, ¿es aplicable la disposición del artículo 11 del C. de P. P.? Evidentemente no. Cuando la acción ejercitada en un proceso civil es la de indemnización de perjuicio por el incumplimiento de un contrato, o sea, por culpa contractual, y no la del resarcimiento de los daños causados por un delito o culpa aquiliana, entonces la acción penal no influye sobre el resultado de la acción civil y no tiene, por tanto, aplicación el artículo 11 del C. de P. P., que se refiere solamente a la hipótesis de que la investigación criminal y el fallo que corresponde dictar en ella, puedan influir en la solución de la controversia civil [...] No resultando de ningún delito ni cuasidelito la obligación reconocida por la sentencia, a cargo de la compañía demandada, de pagar al demandante perjuicios, sino del acuerdo de voluntades de las partes en dicho contrato, es forzoso concluir que la investigación sobre responsabilidad criminal del conductor del vehículo no tiene por qué suspender el fallo sobre la ac-

ción civil, dirigida contra la compañía contratante y fundada en el contrato de transporte.

CASACIÓN. Octubre 30, 1954.- *Incumplimiento del demandado y cumplimiento del demandante en la acción resolutoria. Falta de cooperación e incumplimiento. Inexigibilidad de la prestación. Régimen probatorio.*

Es verdad que en el texto de la cláusula cuarta del contrato se expresa que "los contratantes" y no sólo Carlos Saúl, se comprometen a "retirar el juicio de partición". Ahora bien: requiriéndose por esta expresa estipulación, para que pudiera exigirse a Carlos Saúl el cumplimiento de la obligación de retirar el juicio, entendida como desistir de él, el concurso del otro contratante, es evidente que sin ese concurso no podía cumplir Carlos Saúl esa obligación como fue estipulada. Y si tal obligación no pudo cumplirse antes de la terminación del juicio, no puede considerarse que el demandante de la resolución, Carlos Saúl, estuviera en mora de cumplirla. Y, por consiguiente, mal podría tener fundamento en esa obligación la excepción *non adimpleti contractus* que el tribunal reconoció como fundada. En otros términos, la prestación consistente en retirar el juicio, o dígase desistir de él, no fue estipulada a cargo de Carlos Saúl, sino a cargo de éste y de Ciro Enrique, de consuno: por tanto, Ciro Enrique no puede pretender que Carlos Saúl la incumplió mientras no demuestre que él, por su parte, estuvo listo a cumplirla y que Carlos Saúl se negó a ello.

La acción resolutoria requiere, para prosperar, no sólo que el demandado haya incumplido las obligaciones contractuales a su cargo, sino también que el demandante haya cumplido, por su parte, las suyas.

Las obligaciones de entregar las mejoras [...] no podían serle exigibles al demandante, dentro de lo estipulado en el contrato, sino al vencerse el plazo de duración del arrendamiento, es decir, cuatro años después de la fecha de la venta. Por consiguiente, el demandado no podía alegar la excepción *inadimpleti contractus* fundándose en que el demandante no cumplió esas estipulaciones, pues la obligación de entregar la finca arrendada debía cumplirla Ciro Enrique previamente.

Respecto de la obligación estipulada en la cláusula tercera a cargo de Carlos Saúl, y que consiste en iniciar, a su costa, toda clase de acciones judiciales con el fin de defender las aguas de la hacienda "vendida", se observa que para considerar

incumplida esta obligación así estipulada, se necesitaría la prueba de que el obligado Carlos Saúl, se encontró en el caso de defender las aguas y rehusó hacerlo. Esta prueba no aparece en autos, antes bien, el demandante a cuyo cargo se estipuló esta obligación alega que el demandado se negó a conferírle el poder necesario para ejercitar las acciones judiciales correspondientes y el demandado aceptó no haber conferido dicho poder. La prueba del daño causado por el incumplimiento del contrato, incumbe a quien pide el resarcimiento.

CASACIÓN. Noviembre 16, 1954.- *El abordaje. Sus clases. Regímenes de asunción y repartición de los daños. Culpa e imputación del hecho.*

Es claro que la omisión de las señales por parte del vapor varado fue una culpa, como la omisión de la maniobra oportuna por parte de la lancha hundida, lo fue también. En realidad hubo concurrencia de culpas y no culpa exclusiva del capitán y tripulación de la lancha. Pero este error jurídico del tribunal, que consistió en no reconocer tal concurrencia de culpa, no incide sobre el fallo, porque, según la parte final del artículo 322 del Código de Comercio Marítimo, cuando el abordaje es causado por hecho de los capitanes o tripulaciones, cada nave soportará el daño que le sobrevenga. En el caso presente, pues, aun admitiendo la culpa de ambos capitanes, la demanda debería ser negada puesto que la compañía demandada no tiene que soportar el daño que le sobrevino a la lancha hundida.

En efecto, nuestra legislación distingue claramente entre el *abordaje dudoso* y el *abordaje debido al concurso de culpas de las dos naves* [...] En el caso de abordaje dudoso las naves deberán repartirse el daño por mitad; en el caso de concurso de culpas cada nave soportará el daño que le sobrevenga. El abordaje es *dudoso o mixto*, cuando sus causas son inciertas, es decir, cuando no hay certidumbre sobre si fue culposo o fortuito, o cuando apareciendo claramente que fue culposo, el juzgador no puede determinar con certeza de cuál de las dos naves fue la culpa. En este último caso la duda se refiere a la *imputabilidad* de la culpa, descuido o negligencia que causó el siniestro, al capitán o tripulación de la una o de la otra de las naves que sufrieron el abordaje.

El caso de concurso de culpas causantes del abordaje se verifica cuando no hay duda ni de que el abordaje fue culposo y no fortuito, ni de que hubo negligencia, descuido o imprudencia de parte de uno y

otro de los capitanes y tripulaciones. En este caso, la doctrina ha distinguido tres sistemas de regular lo relativo a la responsabilidad por los daños causados por el abordaje: o bien que ninguno de los capitanes o navieros tenga acción contra el otro y cada cual soporte el daño sufrido y repare sus propias averías; o bien que, en este caso de concurso de culpas, el abordaje se considere también como dudoso y entonces los daños se repartan por mitad entre dos, como lo dispone para el abordaje dudoso el artículo 325 del Código de Comercio Marítimo; o bien, que el juzgador regule la extensión de la responsabilidad, de acuerdo con las reglas del derecho común, es decir, proporcionalmente a la gravedad de la culpa en que incurrió cada uno de los capitanes.

En este caso, cada embarcación soporta los daños que se le causaron con el abordaje, puesto que este es el sistema adoptado imperativamente por el inciso final del citado artículo 322. Y como la acción ejercitada en este juicio tiende a obtener reparación por esos daños, es claro que no podía prosperar.

CASACIÓN. Noviembre 23, 1954.- *La posesión del demandado en reivindicación. Demandada la totalidad de un bien por estar poseído por varios en común, si la realidad es que ese bien está siendo poseído fraccionadamente por los demandados sin que ninguno posea el total ni fracción alguna en común, la acción no puede prosperar.*

Lo que aparece demostrado por la confesión de uno y otro de los demandados es que cada uno de ellos poseía una porción determinada, como cuerpo cierto, del inmueble reivindicado [...], y la acción está dirigida contra los dos demandados como poseedores en común de la totalidad del inmueble y este hecho no está probado [...] En otros términos, la acción reivindicatoria no fue dirigida contra el demandado F., para que entregara la porción que posee como cuerpo cierto, ni fue dirigida contra el demandado L., para que entregara la parte que, a su turno, éste tiene en su poder como cuerpo cierto, sino que fue dirigida contra uno y otro, como poseedores de consuno de la totalidad. Y para que entregaran esa totalidad. Y habiendo sido dirigida por el todo contra ambos ha debido probarse la *posesión del todo por ambos*.

En lugar de esto, lo que aparece demostrado [...] es que ninguno de los dos, ni ambos de consuno, poseen la totalidad del predio, sino que cada uno posee, con exclusión del otro, una porción. Lo que significa que la acción intentada no puede

prosperar, por falta de uno de los presupuestos esenciales: la posesión de la cosa que se reivindica por el demandado.

CASACIÓN. Noviembre 30, 1954.- *Partición de bienes comunes. Dictados legales que orientan el trabajo del partidor. Orientaciones que debe éste atender o procurar. Su omisión.*

La norma contenida en la regla segunda del artículo 2338 del C. C. (sobre partición) no es imperativa, sino más bien un criterio para orientar al partidor, un *desideratum*, ya que ella no ordena hacer las adjudicaciones en determinada forma, sino procurar que de la distribución que se haga de las porciones, resulten adjudicados los respectivos terrenos al dueño de las mejoras en ellos puestas.

El auto que ordenó rehacer la partición dispone que el partidor *trate* de finalizar la indivisión por completo y que, en asunto de mejoras, estudie a espacio si es el caso de aplicar los preceptos del artículo 2338 [...] Al aprobar el tribunal la partición, aceptó la explicación del partidor sobre su imposibilidad de cumplir, al mismo tiempo, las tres reglas: la de la proporcionalidad de los lotes a los derechos de los comuneros, la del señalamiento de porciones continuas a cada comunero y la de la adjudicación del terreno al dueño de las pesebreras. Para que esta apreciación pudiera considerarse como un error de hecho del tribunal, se necesitaría que en el proceso apareciera demostrado de manera evidente que el partidor pudo terminar la indivisión entre el dueño del terreno y el de las mejoras, sin perjuicio de la continuidad y proporcionalidad de los lotes. Y esa demostración evidente no aparece en autos.

CASACIÓN. Diciembre 13, 1954.- *La posesión: hecho y derecho. Su demostración. Apreciación de la prueba de testigos: sujeta siempre a la crítica racional. Presunción del animus una vez demostrados los actos posesorios.*

La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional [...] Se exige que los testigos expresen, no sólo las circunstancias del hecho, sino también las circunstancias que les permitieron percibirlo.

La calidad de poseedor es una calificación jurídica que corresponde propiamente al juzgador quien la infiere de los hechos sensibles que los testigos afirman [...] No debe olvidarse que la posesión, según las teorías de los clásicos, como la de Von Ihering, constituye una situación de

hecho que la ley protege en orden al dominio, pero que por su naturaleza no constituye propiamente un derecho [...]

Para que pueda considerarse como establecida la posesión, deben estar demostrados los dos elementos esenciales de ella: el *corpus* y el *animus*. El *animus* se presume: es decir, que demostrados

los actos materiales constitutivos de la posesión, para que quien los ejecuta no sea considerado poseedor, es necesario demostrar que esos actos no han sido ejecutados con la intención de someter la cosa al ejercicio del respectivo derecho real, que es, en este caso, el derecho de propiedad plena o exclusiva sobre la cosa.

## ¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios

Comenzaremos nuestras consideraciones críticas sobre el libro del profesor Zagrebelsky con una cita contenida en la primera página de texto y con cuyo sentido estamos muy de acuerdo:

«Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la "cosa" misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o (ejemplo no menos interesante) en el Estado de Israel. Y, al contrario, cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el derecho "positivo" se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confundentes para el público profano» (p. 9).

Estoy, como digo, muy de acuerdo con esta idea, pero me pregunto en qué medida se inserta la obra que comentamos en ese mundo de ideas que determina los perfiles prácticos del derecho. Vaya por delante la afirmación de que estamos ante un libro hermoso, erudito sin desmesura y lleno de sugerencias e interpretaciones que enriquecerán a cualquier lector, ju-

rista o no. Pero la crítica más respetuosa con una obra importante es la que trata de ir al fondo de sus planteamientos y no se conforma con recrearse en el detalle o con adobar el elogio genérico con discrepancias puntuales.

Si la vivencia social y práctica del derecho está determinada por la idea del derecho, por un sistema de creencias y visiones que se integran en el imaginario común y que se alimentan en gran medida de las construcciones doctrinales y teóricas, se torna dificultoso comprender el siguiente párrafo: «Se podría decir simplícidamente que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas» (p. 10).

Las ideas, diríamos, no están a la altura o al nivel de la realidad jurídica. Serán las ideas de los juristas las que han quedado desfasadas, mientras que el derecho se haría verdad sobre la base de otras ideas o de otra idea, aunque no se sabe muy bien si perteneciente a la sociedad en general, al legislador o al poder constituyente. Pero, para empezar, cuesta creer que la "idea" determinante de la realidad práctica y vivencia! del derecho no sea la "idea" que de éste profesan y enseñan los juristas.