

V. 36
N. 91

ISSN 0016-6364

ESTUDIOS EN DERECHO



91

91

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

AS

XVI, Nº 91

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Año XXXVIII - Segunda Epoca - Marzo de 1977. -

393307



BOGOTÁ
General

ISSN 0010-6364

ESTUDIOS DE DERECHO



Director:

B. MANTILLA PINEDA

SUMARIO :

El impacto de las ideologías sobre la ciencia política	<i>Salvador M. Dana Montaña</i>
Enfoque sociológico del derecho internacional público	<i>B. Mantilla Pineda</i>
Introducción al estudio de la carga de la prueba	<i>Simón Payán Moreno</i>
Curso de derecho administrativo	<i>Jesús Vallejo Mejía</i>
El positivismo jurídico en el pensamiento de Francisco Carrara	<i>Fernando Meza Morales</i>
Matrimonio y divorcio de colombianos en el exterior	<i>Pedro Escobar Trujillo</i>
Efectos civiles del matrimonio	<i>Enrique Trujillo Palacio</i>
La reforma del derecho monetario, sus requisitos sociales y la política pública	<i>E. Hirschberg</i>
Jurisprudencia Laboral	<i>Gabriel Jaramillo González</i>
Anotaciones para una historia de la Facultad de Derecho de la U. de A.	<i>José Jaramillo Alzate</i>
Sesquicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia	
Oleo del Libertador Simón Bolívar, firmando el Decreto de fundación de la Facultad de Derecho de la U. de A.	

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Año XXXVIII - Segunda Epoca - Marzo de 1977. - Volumen XXXVI, N° 91

Tarifa Postal Reducida — Licencia N° 100
del Ministerio de Comunicaciones.

La reproducción de cualquier artículo está permitida, si se cita su autor
y el nombre de la Revista. Los artículos publicados son originales.



Valor de la Suscripción anual: En el país, \$ 60.00 m. n.
Valor de la Suscripción anual: En el extranjero, US \$ 3.00
Valor del número ordinario: \$ 30.00 m. n.

CANJE: Solicitamos canje:
Nous demandons l'échange
Pede se permuta.
We request exchange.
Wir bitten um Austausch von Publikationen.

Dirección: *Revista Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas de la Universidad de Antioquia — Medellín - Colombia, S. A.

ESTUDIOS DE DERECHO

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

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Dr. Jorge Elias Peláez Vallejo
Rector de la Universidad

Dr. Fernando Meza Morales
Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Roberto Ojalvo
Decano Asociado

DIRECTOR DE ESTUDIOS DE DERECHO

B. Mantilla Pineda,
Profesor Titular

EL IMPACTO DE LAS IDEOLOGÍAS SOBRE LA CIENCIA POLÍTICA

Salvador M. Dana Montaña

Hace ya muchos años, en la serie de conferencias pronunciadas primero en nuestra ciudad natal, en las postrimerías del régimen abatido en 1955, y luego, en varias universidades extranjeras, que la Pontificia Universidad Católica de Río Grande do Sul publicó bajo el título de **"La crisis de la cultura occidental"** (Pôrto Alegre, 1963), dijimos que uno de los signos característicos de la misma era la confusión deliberada de las nociones y conceptos que hasta hace algunas décadas mantenían una inteligencia universal, casi cósmica, como si una nueva Babel, la de las ideas, hubiera sido erigida por las ideologías y los mitos de moda. Esa crisis de los conceptos y de los términos ha tenido una funesta repercusión y trascendencia en el terreno de las ciencias sociales, y especialmente, en la Ciencia Política. Por ello, en **"Los problemas de la Ciencia Política contemporánea"** (S. José de Costa Rica, U. Nacional, 1970) hemos incluido entre ellos la necesidad de una depuración estricta del lenguaje y de la terminología empleada por la antigua ciencia de la organización ideal del Estado, para evitar las confusiones que intencionalmente introducen las ideologías y los sofismas políticos, para difundir sus mistificaciones y sus errores. En este sentido, el eminente colega y amigo, titular de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Bolonia, profesor Luis Bagolini, en un artículo inserto en la revista de su especialidad **"Proteus"** año I, N° 2, junio-sept. de 1970), titulado "Justicia y ciencia", corroborando cuanto entonces dijimos, afirma que la crisis mundial contemporánea ha hecho su impacto sobre términos de importancia para aquella Ciencia, como son los de libertad, democracia, progreso, justicia, etc. (p. 23). La noción de "crisis" implica, en el

campo social, la idea de una ruptura más o menos fuerte o más o menos sentida. Sobre las diversas nociones de "crisis", consúltese nuestra citada obra en primer término (pp. 54 y ss.). Entre una situación social normal y una situación social en crisis, según el profesor italiano, a menudo no hay diferencia de sí o de no, sino más bien una diferencia de más y de menos. En la actualidad el grado de esta crisis, en todos los órdenes, es tan grande, que todos tenemos la sensación de hallarnos en medio de una crisis profunda e intensa. Una de sus manifestaciones es la multiplicidad de sentidos, frecuentemente contradictorios, que asumen los significados usuales de ciertas palabras, como las precitadas, a las que queremos agregar, por su difusión y su empleo convencional y capricho, la de "revolución": "revolución en paz", "revolución en libertad", etc., etc., que más propiamente aluden a simples revueltas, golpes de Estado o simples movimientos destructivos que conducen al caos nihilista.⁽¹⁾ Según el prof. Bagolini, esos términos encubren las intenciones contingentes y mutables de aquellos que los utilizan, no siempre de buena fe. Los mismos se cargan de colorido según quienes los usan. "Son las palabras más comunes del lenguaje moral y político y también las que se prestan mayormente a las más interesadas falsificaciones y especulaciones con fines prácticos y político-pragmáticos". Refiriendo en particular a la palabra "justicia", recuerda que Benedetto Croce negaba la existencia de un concepto de justicia: decía que la justicia era un pseudo-concepto, un concepto irreal. En cambio, creía que sólo era real el de libertad ("**Libertá e giustizia**. Revisione di due concetti filosofici". Bari, 1968, p. 193). Por su parte el Prof. Bagolini no comparte el criterio de Croce. A su juicio, "No es presumible una libertad independientemente de una responsabilidad respecto a una norma, de la cual se trata de saber si es justa o no, si es legítima o no, si es justificable o no, según un criterio cualquiera" (p. 24). Es lo que nosotros entendemos por "una norma **justa**". No puede haber derecho sin justicia, como no puede haber justicia sin libertad y viceversa. Según Bagolini, la justicia deviene una idea, y por ende, es objeto de conocimiento, y éste implica una visión (p. 25). Considera, en síntesis, que hay una justicia cognoscible universal y única, como hay una geometría única, que a su entender es la euclideana (p. 26). La influencia de la cosmovisión y de la ideología subyacente a las diversas cosmovisiones existentes, es

(1) Incluímos además a las "democracias populares", que revelan una contradicción "in terminis", pues tanto el populismo como otros sectarismos (el sindicalismo, etc.) son incompatibles con la verdadera democracia.

expresada por él en estos términos: "Cada sistema de justicia pone al frente (o a la cabeza) una elección concierne a fines e intereses que son fundamentales en cuanto son pensados como últimos, esto es, que no pueden funcionar como medios respecto a otros fines ulteriores" (p. 27).⁽²⁾ Esas elecciones son los presupuestos de toda representación científica y racional de la realidad social y política, por tanto, puramente arbitrarias y emocionales". Una de ellas, típicamente tal, es el "justicialismo" (v. nuestro ensayo "**Justicia social y reforma constitucional**", Santa Fe, Imp. de la U. N. del Litoral, 1949). Por esta razón, es posible hablar de una justicia en sentido capitalista y de una justicia comunista, o estaliniana o maoísta. "Ligada a elecciones prerracionales, la justicia es un ideal irracional" (p. 27). Bagolini admite que sea irracional, pero no demencial, o loco. Indudablemente, como el mismo lo entiende, vivimos un período de contestaciones y contradicciones. Pero él cree que cualquier contestación no es demencial cuando, aun subsistiendo el orden preestablecido, mira a su modificación en vista de otro orden que conjeturablemente sea realizable, no utópico. "Hoy vivimos insertos, aun culturalmente, en un contraste de visiones sobre la justicia. Cada una de ellas representa un sistema de jerarquía de intereses que forman la cabeza de una selección de intereses fundamentales prioritarios. El elemento ideológico entra en estas selecciones" (p. 28). Por nuestra parte, señalamos la conveniencia de distinguir entre concepciones culturales y mitos y entre verdades y "slogans". (v. "**La crisis de la cultura occidental**", cit. cap. II, pp. 34 y ss.).

El Prof. Bagolini afirma que, "en la pluralidad de visiones sobre la justicia, y contra los peligros de la violencia y del caos, la unidad social no puede tampoco ser salvada por el recurso a la idea abstracta de igualdad, ni por la pretensión de eliminar ciertas desigualdades concretas y naturales" (p. 31).

Este breve y sustancioso ensayo contiene además interesantes referencias y profundas consideraciones sobre la participación, tema del que nos ocupamos en nuestro último libro "**La participación política y sus garantías**" (Buenos Aires, Ed. de Zavalía, 1971). Ella no es un simple diálogo ni un mero cambio de ideas, sino un esfuerzo de comprensión y de recíprocas concesiones, que den un

(2) El Prof. Bagolini expone la naturaleza y los caracteres de esos fines básicos en otra monografía que comentaremos en otra oportunidad: "David Hume e Adam Smith. Elementi per una ricerca di Filosofia giuridica e politica (Bologna, Patrón editore, 1976).

real derecho a decidir y no solamente, a opinar. En los regímenes autoritarios y totalitarios es frecuente recurrir al "diálogo", a la consulta, al intercambio de opiniones, sin resultado práctico en el terreno de las decisiones gubernativas o políticas propiamente dichas. Participar es influir en la decisión, y no simplemente dialogar o expresar opiniones que no son tenidas en cuenta.

A continuación, el Prof. Bagolini se ocupa de la televisión como instrumento de la participación. Opina que el medio televisivo está condicionado por las finalidades, no siempre francas ni honestas, de quienes lo manipulan "pro domo sua", y por la educación crítica de los usuarios (p. 29). "El medio televisivo —dice el mismo— puede ser participativamente válido solamente en cuanto sea puesto al servicio de finalidades ideológicas, comunicativas y participativas, en cuanto sea puesto al servicio de una voluntad sana, esto es, contraria a la locura y el caos, y de una buena voluntad de aceptación de diálogo entre visiones opuestas y contradictorias de la justicia y del mundo" (p. 29). Ello depende de condiciones de la competencia de las ciencias experimentales y de la técnica. Otras dependen de un discurso cultural, humanístico y religioso. Entre las primeras, se encuentran los procedimientos para evitar las alteraciones psíquicas que, aunque no lleguen a la demencia, pueden disociar las facultades humanas, lo cual anula o excluye, total o parcialmente, la lucidez analítica y racional de quienes las sufren. El autor comentado aplica aquí su teoría sobre la simpatía, que hemos analizado al comentar la obra citada en nota 2 del presente artículo. "La participación —dice— implica una mutación imaginativa, un situarse imaginariamente en las situaciones de otros, tanto más válida cuanto más intencional e intensamente realizada" (p. 30). La participación —agrega—, no puede reducirse al diálogo sobre el significado común de uso de esta palabra. Un diálogo sin esfuerzo de participación simpática en las situaciones de otros, puede reducirse a una suma de monólogos o puede agotarse en la vanidad de la charla, mistificada y alienante, como puede ocurrir allí donde ciertas reglas de juego social, sostenidas por intereses dominantes, sean tenidas como presupuestos indiscutibles e inmutables" (p. 31).

ENFOQUE SOCIOLOGO DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO*

||
B. Mantilla Pineda

* Ponencia leída por su autor en la Primera Sesión Plenaria del XIX Congreso Nacional de Sociología organizado por el Instituto Mexicano de Cultura y la Asociación Mexicana de Sociología, correspondiente de la Asociación Internacional de Sociología de la UNESCO, celebrado en México D. F. durante los días 18 á 22 de octubre de 1976.

Los hechos jurídicos en su más amplia significación, cualquiera que sea su naturaleza, vale decir, civil, mercantil, laboral, etc., y cualquiera que sea el ámbito de validez de las normas que los rigen, admiten para su estudio diversos enfoques y metodologías. Son bien conocidos de todos los juristas los enfoques histórico, sociológico y analítico, según los cuales se obtienen resultados positivos muy fecundos como la historia del derecho, la sociología jurídica y las llamadas **ciencias dogmáticas del derecho**. Junto a estas últimas se hace indispensable, debido a la misma complejidad del derecho positivo, ciertas disciplinas jurídicas **latu sensu** como la psicología jurídica, la sociología del derecho y la misma historia del derecho y ciertas ciencias sociales auxiliares como la antropología, la economía y la politología principalmente.

I. Sociología y Derecho.

El fenómeno jurídico ocupa un lugar prominente en la sociología. Y no podría ser de otra manera, si se tiene en cuenta la categoría social de los hechos jurídicos y el papel que desempeña el

derecho dentro de la organización de los grupos que constituyen las sociedades mismas. Cual más, cual menos, todos los sociólogos del pasado y del presente nos ofrecen desde su peculiar punto de vista concepciones sumarias del derecho, si no teorías y doctrinas bien desarrolladas. Son sobresalientes al respecto, las sociologías jurídicas de E. Durkheim, de Max Weber, de P. A. Sorokin, de N. Timasheff y de G. Gurvitch. Sin embargo, conviene distinguir entre las concepciones absorbentes tocadas de enciclopedismo sociológico que intentaron convertirse en "el saber científico del derecho, suplantando incluso a la filosofía del derecho" (1), y las tendencias doctrinarias analíticas que ubican en su lugar apropiado el estudio sociológico del derecho dentro del sistema de la sociología.

El derecho, como hecho social, fue tematizado durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del presente por todos los grandes sociólogos en estrecha relación con las reflexiones sobre las formas de cohesión social y las formas de conexión de los fenómenos sociales entre sí. E. Durkheim, por ejemplo, estudió el derecho como expresión y símbolo de sus dos máximas formas de cohesión social, es decir, de la solidaridad mecánica propia de las sociedades primitivas, en las cuales prevalece el principio de unión por semejanza a modo de la aglutinación molecular dentro de los cuerpos brutos, y de la solidaridad orgánica propia de las sociedades modernas, en las cuales rige el principio de unión por diferenciación y desemejanza a modo de los órganos dentro de los cuerpos vivos u organismos. A la solidaridad mecánica corresponde, como símbolo, el derecho penal de carácter eminentemente represivo, y a la solidaridad orgánica corresponde el derecho privado o restitutivo de carácter indemnizatorio y compensatorio.

Un análisis del derecho como hecho social en conexión con otros hechos sociales, nos ofrece la sociología comprehensiva de Max Weber, encuadrándolo en el amplio panorama de su obra maestra **Economía y sociedad**. Es propósito expreso y declarado de su autor señalar y subrayar, si no demostrar, la deficiencia de la explicación unilateral que da el determinismo económico de las llamadas superestructuras sociales como el arte, la religión, la moral, el derecho, la política, etc. Para comprender el derecho como hecho social es necesario para Max Weber poner en juego otras actividades sociales como la magia, la religión, la política, el arte, etc., que no son menos trascendentes que la economía. Tomando

como punto de partida la distinción entre derecho privado y derecho público, tan propensa a confusiones, avanza Max Weber a través del derecho en sentido subjetivo, así como también de los tipos de pensamiento jurídico, hacia la racionalización tanto formal como material del derecho, mostrando en cada uno de estos fenómenos jurídicos el lento desenvolvimiento del derecho desde sus orígenes mágicos y religiosos hasta su estado de racionalidad en el mundo moderno, meta alcanzada exclusivamente en la civilización occidental. Max Weber no sólo ha hecho una sociología jurídica en alto grado científica, sino también una ciencia del derecho comparado como no se había hecho en Europa después de Montesquieu. En realidad ha logrado hacer ambas cosas gracias a su inmensa erudición en derecho romano, en derecho canónico, en el sistema del Common Law, en derecho ruso y, por supuesto, en las legislaciones modernas francesa, austriaca y alemana, en el orden civil y político, mercantil y agrario, penal y fiscal.

También la sociología estructural de P. A. Sorokin contiene una sociología del derecho que se puede dividir en dos consideraciones muy importantes: la primera sobre las normas jurídicas y la segunda sobre los sistemas jurídicos. Los grupos organizados — instituciones o sistemas sociales — se caracterizan por la presencia de normas jurídicas, en su calidad de factor regulador y de control de la conducta dentro del componente significación-valor. La sociología de las normas jurídicas comprende su definición, sus características formales, sus rasgos psicológicos específicos, su naturaleza reguladora de la conducta humana, sus funciones, sus clases y su diferenciación respecto de otras normas. Y la sociología de los sistemas jurídicos comprende el estudio del sistema jurídico ideacional, que es **jus divinum** o **sacrum**; del sistema jurídico, sensitivo, que es derecho secularizado con metas exclusivamente utilitarias como la seguridad de la vida humana, la tranquilidad de la propiedad y de la posesión, la paz y el orden, la felicidad y bienestar de la sociedad en general o de la facción dominante; y del sistema jurídico idealista que es una mezcla o combinación de los derechos ideacional y sensitivo.

En el **Apéndice** a su **Sistema de Sociología General**, registraba y discutía L. von Wiese el hecho científico de la proliferación de sociologías especiales hacia 1918, pero no sólo como consecuencia del crecimiento y desbordamiento de la sociología general, sino

también como complemento de las ciencias sociales particulares, a saber: la Jurisprudencia, la Economía, la politología, el Arte y la Etnología. Así L. von Wiese cita algunos nombres de autores del círculo de juristas que se ocupaban entonces de los problemas de sociología del derecho, tales como: "Hermann Kantorowicz, Hans Kelsen, Adolf Menzel, Gustav Radbruch, C. Schmith, Rudolf Smend, Hugo Sinzheimer y Richard Thoma".⁽²⁾

No era menor el interés por los problemas sociológicos en otros países fuera de Alemania. En Francia, merced justamente a la poderosa y positiva influencia de E. Durkheim, fundamentaba León Duguit su teoría del Derecho Público sobre bases sociológicas. Lo mismo hizo Maurice Hauriou y no en menor grado que Duguit, en el Derecho Público también, pero sobre todo en su teoría de la institución. En Estados Unidos de América conducían en la misma dirección de la sociología sus reflexiones jurídicas Roscoe Pound y Benjamín Cardozo.

En este estado de las investigaciones de la sociología jurídica, era de esperar que se constituyera en forma sistemática una **sociología del derecho**, la que efectivamente se constituyó con el libro del mismo nombre de G. Gurvitch, justamente elaborado en el ambiente cultural creado por la escuela francesa de sociología.

Es oportuno anotar aquí que los maestros de la sociología en América Latina, a saber: Antonio Caso, Alfredo Poviña, Luis Recaséns Siches, Lucio Mendieta y Núñez y Roberto D. Agramonte, han recogido inteligentemente esas investigaciones de sociología jurídica para tamizarlas e incorporarlas en las exposiciones de sendos Tratados de Sociología. Pero no han sido menos sensibles a la investigación de la sociología jurídica y a la incorporación de ésta en la teoría del derecho los juristas latinoamericanos. Baste mencionar aquí el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, el trialismo jurídico de Werner Goldschmidt y otras tendencias todavía innominadas pero expresadas claramente en el lenguaje de la sociología jurídica. Es interesante observar que Werner Goldschmidt incluye en su amplia concepción del mundo jurídico la sociología jurídica, siendo las otras partes o aspectos la normología y la dikelogía. Es digna de mención también la única investigación especializada de sociología jurídica llevada a cabo por Miguel Herrera Figueroa, meritorio jurista y sociólogo argentino, y recogida en su libro **Sociología del Derecho**.

2. Sociología del Derecho y Derecho Internacional Público.

El enfoque sociológico del Derecho Internacional debiera abarcar tanto el derecho público como el privado, porque en ambas vertientes del derecho no nacional operan y se manifiestan con fuerza y vigor los factores sociales, las interferencias intersubjetivas y los conflictos de leyes. Pero hasta el presente tal vez ha recibido mayor atención el Derecho Internacional Público por la misma envergadura de sus temas y problemas. La trayectoria histórica de éste exhibe de suyo un dramatismo extraordinario, porque en ella está en juego la suerte y destino de los Estados, o en otras palabras, la grandeza y decadencia de las Naciones. En el DIP es necesario dilucidar la antinomia de poder y derecho en toda su escueta realidad. O la vida internacional es en última instancia una política de fuerza o un entendimiento razonable a través de las normas e instituciones jurídicas que la civilización ha constituido en patrones indefectibles de conducta.

Las posiciones doctrinarias asumidas por los maestros y tratadistas del Derecho Internacional Público son muy claras y notorias. Primero fue la posición jusnaturalista de tipo teológico en los clásicos españoles del Derecho de Gentes Francisco de Vitoria y F. Suárez, de tipo racionalista en Hugo Grocio, el renovador y primer sistematizador del Derecho de Gentes, y en sus continuadores Christian Wolff y Emmerich de Vattel, y de tipo racionalista puro en Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf y Ch. Thomasius; luego fue la posición positiva en sus dos modalidades principales, es decir, la analítica y la sociológica. La dirección axiológica que ha impreso al derecho internacional público Alfred Verdross tiene en el fondo ciertas tangencias con el jusnaturalismo, pero sin llegar a confundirse con él ni mucho menos a intentar renovarlo. La posición que en esta materia han asumido los tratadistas soviéticos E. A. Korovin y A. I. Vichinski es a todas luces pragmatista y, por supuesto, consecuente con la teoría marxista-leninista sobre la naturaleza del derecho sea interno o externo.

Sea cual fuere la posición doctrinaria o ideológica que se asuma hoy en día en lo que concierne a los fundamentos del derecho internacional público, es inevitable el enfoque sociológico para poder captar, comprender e interpretar lo que al respecto está ocurriendo entre todas las naciones de la tierra.

Como lo ha expuesto en forma magistral A. Verdross en su Tratado, el derecho internacional público supone necesariamente

unas bases sociológicas, a saber: a) una pluralidad de Estados, porque el DIP no es posible en un Estado mundial único, sino donde viven y conviven varios Estados; b) la soberanía de los Estados, entendida ésta como independencia en lo exterior y autonomía e imperium en el interior; c) el comercio internacional en su más amplia significación, de tal modo que abarque las relaciones entre los poderes públicos, el tráfico mercantil, el intercambio cultural y la cooperación laboral; d) las convicciones jurídicas coincidentes, las cuales han sido formuladas y recogidas como fuentes positivas del derecho internacional público en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁽³⁾

No sólo compete a la sociología la investigación de los fundamentos sociales sobre los cuales descansa el DIP, sino también el estudio de las relaciones internacionales. De ahí que se haya hecho necesaria y se haya constituido junto al DIP una disciplina afín para examinar exclusivamente las relaciones internacionales de poder. Por su objeto y método esta nueva disciplina tenía que ser de carácter sociológico. Y así la concibe y lo declara su máximo creador y exponente G. Schwarzenberg. Su objeto, dice, "son la evolución y estructura de la sociedad internacional; los individuos y grupos que se ocupan activa o pasivamente en este nexo social; los tipos de conducta en el medio internacional; las fuerzas que operan tras la acción en la esfera internacional y los modelos de las cosas futuras en el plano internacional".⁽⁴⁾ Y su método debe ser sociológico, porque el estudio de las relaciones internacionales es una rama de la sociología.

La política del poder es el nombre que da G. Schwarzenberg a la nueva disciplina que estudia las relaciones internacionales. En esta misma línea se encuentra a mi parecer Hans J. Morgenthau con sus investigaciones y estudios publicados bajo el título **Politics among Nations**, libro considerado por el internacionalista Josef L. Kunz como **la biblia del realismo**. Ninguno de estos eminentes investigadores pretende desalojar totalmente al derecho internacional público para colocar en su lugar la ciencia del poder en el campo internacional. Son conscientes más bien del papel que desempeña el poder en la política internacional actual que siguen las superpotencias en su disputa abierta o soterrada por el predominio mundial. De buen grado o contra su voluntad un alto porcentaje de su conducta recíproca se ajusta a las formalidades del derecho internacional público. Si esto no fuera lo normal ya se habría desquiciado el orden internacional.

3. Origen del Derecho Internacional Público.

Sean cuales fueren las opiniones que se hayan emitido sobre la existencia del DIP en otras culturas o en otras edades de nuestra propia cultura y sean cuales fueren los aportes de instituciones de carácter jurídico internacional que esas otras culturas o edades hayan legado a la época moderna de nuestra civilización, es un hecho claro, evidente e incontrovertible que el DIP sólo pudo constituirse en su forma inconfundible y característica de la actualidad, cuando surgieron y tomaron cuerpo los Estados modernos de Europa sobre el armazón carcomido del feudalismo y la endeble estructura del poder espiritual del pontificado, es decir, cuando surgieron vigorosos y con fisonomía propia los Estados Nacionales.

Con plena razón histórica y científica y con la autoridad que le confiere su investidura de tratadista insigne de DIP, afirmaba Alejandro Alvarez que es inexacta la idea de algunos juristas que han creído encontrar el origen del DIP en la más remota antigüedad o en todo caso en la Edad Media, porque el DIP ha comenzado a existir sólo en el siglo XVI, cuando en los Estados de la civilización occidental europea nació la convicción de que hay un conjunto de preceptos a los cuales deben ajustar su conducta en sus relaciones recíprocas y se hizo referencia a este derecho en varios documentos diplomáticos".⁽⁵⁾

El origen del DIP hacia el siglo XVI no es un hecho aislado en el proceso histórico de Europa sino un eslabón más en el conjunto de crecimiento y expansión de la civilización occidental. Como hitos históricos señalamos el **Renacimiento**, estimulado y reforzado en parte por la inmigración de sabios y humanistas bizantinos a Italia a raíz de la caída de Constantinopla en 1453; la **Reforma** iniciada por Martín Lutero cuando fijó sus famosas tesis en las puertas de la catedral de Witenberg; el descubrimiento del Continente que habría de llamarse América, el viaje de circunvalación del globo terrestre por Sebastián de Magallanes, el encuentro de una nueva vía marítima hacia la India por Vasco de Gama, la consolidación de los Estados nacionales y sus gobiernos monárquicos absolutos —España, Francia e Inglaterra. Concomitantes de estos hechos históricos son los progresos maravillosos del conocimiento científico. La astronomía destrona con Copérnico la vieja concepción geocéntrica del Universo y la sustituye por la concepción heliocéntrica; la física da sus primeros pasos seguros con Galileo que abolió el método aristotélico deductivo y lo reemplazó

zó por el método inductivo que inquiere cómo caen los cuerpos y no por qué caen los cuerpos. Galileo y Copérnico son justamente los personeros de las nuevas ciencias naturales. La Naturaleza ya no era para ellos un libro sellado con siete sellos, sino un libro escrito en lenguaje matemático y abierto a todos los seres racionales. Pero entonces no sólo se preguntó qué es la Naturaleza sino también qué es el hombre. Es ésta ciertamente la pregunta central del humanismo escéptico de Miguel de Montaigne. Se inquiría por tanto en el mundo exterior y en el mundo interior, mundos infinitos que llenaban de emoción y presentimientos a los grandes místicos de la época. Y de la pregunta por el hombre en general, se pasó a la pregunta por la sociedad. Hubo asimismo un despertar de la conciencia de clase y nacionalidad. Se era entonces burgués o campesino, francés o inglés. La invención de la imprenta y la expansión industrial de la impresión de libros, fueron los vehículos de la difusión vertiginosa de las nuevas ideas religiosas, filosóficas y científicas. El progreso de las artes plásticas excitaba con sus representaciones y realizaciones grandiosas los poderes creadores del espíritu. Y las artes útiles con la invención de la brújula y de la pólvora revolucionaron la navegación, los artefactos militares y el comercio internacional. Los cambios tecnológicos indicaban los cambios sociales y viceversa.

El DIP, efectivamente, tuvo origen en ciertas circunstancias históricas, sociales, culturales y políticas de la historia moderna de nuestra civilización. Su origen lleva sobre todo la impronta de carácter político, es decir, de la confrontación de poderes.

4. Desarrollo del Derecho Internacional Público.

Cualquier escolar de las ciencias jurídicas sabe que el DIP ha cruzado por varias etapas, siendo la primera la que se inicia con el tratado de paz de Westfalia en 1648 y termina con el estallido de la Revolución francesa; la segunda, la que comienza con este trascendente evento francés y termina con la caída de Napoleón Bonaparte, después de su Consulado e Imperio, negativos ambos para el derecho internacional público; la tercera, la que se inicia en 1915 con el Tratado de Viena y termina en 1914, cuando estalla la primera guerra mundial; la cuarta, la que se inicia en el año de 1945 con la creación de la ONU.

Sin embargo, es posible reducir estas cuatro etapas de DIP a dos grandes períodos, como lo ha hecho en efecto Josef L. Kunz en conferencias memorables recogidas luego en el libro titulado

El Derecho Internacional Clásico y el Nuevo Derecho Internacional. 1914 sería, según este tratadista, el punto exacto de separación de los dos períodos del DIP.

El DIP ha seguido una línea de desarrollo indisolublemente unida a los cambios sociales y culturales, científicos y tecnológicos y al devenir histórico y político de un mundo orientado principalmente en nuestro tiempo por los valores hedonísticos y alucinado por las ideologías y utopías en boga, no importa cuan irracionales sean éstas en el fondo.

Después de la segunda guerra mundial la situación del DIP es de profunda transformación. Se han transformado sus postulados de sistematización y hasta su espíritu y su imagen. Al abrir los nuevos tratados de DIP percibimos de inmediato que nos encontramos con una ciencia ordenada en cuadros diferentes de los tradicionales. En el **Prefacio** de su libro **Principios de Derecho Internacional Público** dice H. Kelsen: "Es usual dividir el derecho internacional en dos partes principales: el derecho de paz y el derecho de guerra. He abandonado esta sistematización pues si ella se justificó de alguna manera, sólo fue mientras podía concebirse la existencia del Estado de guerra en el mismo plano legal que el estado de paz. Empero en vista del Pacto Kellogg-Briand y de la Carta de las Naciones Unidas, la guerra sólo puede considerarse lícita si es una reacción contra una violación del derecho internacional".⁽⁶⁾

El cambio es todavía más radical en el enfoque que Wolfgang Friedmann le ha dado al DIP. El mismo título de su tratado hace presentir una sustancial transformación del contenido. En realidad lo que Friedmann ofrece en **La nueva estructura del derecho internacional** es una visión fresca, objetiva y universal del derecho internacional de hoy y del porvenir, no obstante descansar en líneas generales en los mismos basamentos que en su origen le señalaron Hugo Grocio y Alberico Gentile, a saber: las relaciones internacionales.

5. Situación Actual del Derecho Internacional Público.

El DIP atraviesa en la actualidad por una crisis de crecimiento. En ninguna etapa de su historia había alcanzado el DIP la extensión ecuménica que tiene ahora. Con razón se habla de una ampliación horizontal y vertical del DIP. Tampoco había registrado el DIP en el pasado el grado de organización que liga en nuestros días a los Estados entre sí. Tanto lo uno como lo otro, es decir, el

ecumenismo y la organización, obedecen a circunstancias históricas, políticas, sociales, culturales, científicas y tecnológicas que exigen para su determinación y comprensión cuidadosos y prolijos análisis sociológicos.

En la Asamblea General de la ONU, foro de la vida real y del derecho internacional actual, se concentra como en un prisma toda la energía de aspiraciones y pretensiones de las potencias militares y políticas y toda la endeblez de esperanzas no logradas y de reclamaciones insatisfechas de los países subdesarrollados y de los en vía de desarrollo. La ONU misma es objeto de enfoque sociológico por su origen en circunstancias históricas, sociales y culturales bien determinadas, por sus motivos y fundamentos, por su estructura y funcionamiento y por los fines que persigue. Representa una novedad y un progreso en los ensayos por lograr la paz, la seguridad y la cooperación internacionales ciertamente, pero sin solución de continuidad dentro de la gran tradición ya secular del derecho internacional común.

Un noble amigo mío, colega y compatriota, cuya presencia en esta Conferencia sería un honor, ha sugerido, en un libro sugestivo titulado **El desarme de las conciencias**, muchos medios para que los Estados realicen algún día de su historia el ideal de la paz, pero sobre todo un medio práctico propuesto también en carta al director general de la UNESCO: la creación en todos los niveles de la educación de la **cátedra de la paz**.⁽⁷⁾ Este mismo XIX Congreso Nacional de Sociología sobre **relaciones internacionales**, creo yo que es una cátedra de la paz y que contribuye por lo menos a mantener vivo en la conciencia de los hombres de buena voluntad el ideal de la paz!

Medellín, Colombia, 14 de octubre 1976.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- (1) A. Montoro: Sociología del derecho en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, p. 81 y sigs., Nº 13, fasc. 1, Universidad de Granada, España, 1973.
- (2) L. von Wiese: System der allgemeinen Sociologie, S. 623, Dritte Auflage, Duncker & Humblot, Berlín, 1955.
- (3) Alfred Verdross: Derecho internacional Público, ps. 9-16, Aguilar, Madrid, 1955.
- (4) Georg Schwarzenberger: La política del poder, p. 3, F. de C. E., México, 1960.
- (5) Alejandro Alvarez: la reconstrucción del derecho de gentes, p. 9, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1944.
- (6) Hans Kelsen: Principios de derecho internacional público, p. XI, Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1965.
- (7) Luis Bossano: El desarme de las conciencias, 3ª edición, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1973.

INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

//
Simón Payán Moreno

*Apartes principales de uno de los capítulos de la obra en preparación "LA CARGA DE LA PRUEBA", destinada en buena parte al estudio, sistematización y aplicación de esta institución en el proceso civil.

**Doctor en Derecho de la Universidad Javeriana. Exprofesor de "Derecho procesal Civil" en las Facultades de Derecho de las Universidades de San Buenaventura y Santiago de Cali. Profesor titular de la misma materia en la Universidad Libre de Cali.

"La prueba es el puente que enlaza, segura y armónicamente, la pura doctrina jurídica con el ejercicio profesional. Quien limita su investigación personal al estudio teórico de la norma, a la escueta indagación sobre su significado, en cuanto pretende ser artífice de la actuación del derecho, verá ante sí un vacío ancho y profundo, que no podrá colmar fácilmente por simple intuición. Para pasar de uno a otro lado requerirá la estructura formada con los principios de la disciplina probatoria, que no solo habrá de permitirle recorrer la senda de enlace con pie firme y tranquilo, sino que le ahorrará tiempo y esfuerzos innecesarios. Quien sepa probar y pruebe bien, no requerirá de extensos y sutiles alegatos; se puede suponer inclusive que alegó deficientemente o que se abstuvo de alegar. Si el juzgador es honesto y competente, el derecho que pretende le será finalmente otorgado".

Luis Caro Escallón⁽¹⁾

(1) cfr. Luis Carlos Escallón, "Sugerencias en torno a la prueba jurídica", revista "Uni-versitas", N° 31, noviembre de 1966, pág. 70.

INTRODUCCION

No puede hoy dudarse que la función jurisdiccional se realiza por órganos especialmente previstos por el legislador empleando para ello como medio instrumental el proceso, institución jurídica destinada "a la satisfacción de pretensiones, al decir de GUASP, que han de verificar órganos específicos del Estado",⁽²⁾ ni tampoco en derecho moderno podría ponerse en tela de juicio que el objeto del derecho procesal es obtener, o al menos intentar, la actuación de las normas jurídicas en un caso concreto y determinado. Ante la violación o desconocimiento de un derecho, la norma material o precepto legal que lo tutela o subsume deja de actuar, por lo cual esta circunstancia determina que quien se considere o sienta lesionado en su derecho tenga la oportunidad de acudir legítimamente a los órganos estatales competentes con el fin de hacer operante la norma de derecho material que satisfaga la pretensión de restablecimiento del derecho mediante un "proceso" técnicamente organizado, en todos aquellos casos en que la renuencia de los sujetos del conflicto, para hacer actuar la norma haga necesaria o forzosa la intervención del Estado ante la imposibilidad o inconveniencia de solucionar voluntariamente el conflicto presentado.

El derecho procesal moderno al haberse estructurado y formado como rama o disciplina autónoma del derecho, con contenido y principios doctrinarios propios respecto de los cuales normalmente la voluntad de los asociados o sujetos del conflicto se torna totalmente intrascendente o ineficaz, en virtud de su carácter de orden público, por cuanto éstos no pueden derogarlos o modificarlos a su arbitrio, no merece ya el desdén, ni parece justificarse ese menosprecio o desapego de quienes aún siguen considerando sus preceptos como verdaderas normas "adjetivas", por oposición a las *normas sustantivas* que integran el derecho privado, cuando no desprovistas de verdadero contenido social, o en el peor de los casos, como verdaderos obstáculos o trabas para la adecuada realización del derecho. El derecho procesal moderno no tiene, pues, ni puede tener nada de "adjetivo", aunque eventualmente pueden serlo algunas de sus normas. "El sistema normativo que regula el proceso, anotan FENECH y CARRERAS, está lejos de ser artificioso y contener solamente reglas que hagan posible el ejercicio de los derechos subjetivos materiales; el estudio del proceso es un trabajo no "memorístico", sino esencialmente "inteligente", y emprenderlo bajo una

(2) cfr. Jaime Guasp. "Derecho Procesal Civil", 3ª Edición, tomo primero. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 101.

visión deformada de la realidad puede causar al que en él se inicia un perjuicio extraordinario, que no logre superarlo en el curso de los años.⁽³⁾

No sobra advertir en esta brevísima introducción que el derecho procesal civil además de pertenecer como ciencia al grupo de las que los clásicos llamaban prácticas, constituye al decir de CARRERAS, "un auténtico arte" de cuya realización depende en gran parte el mismo orden social; comprender y asimilar las reglas de tal "arte", vendrá a ser, en sentir del mismo autor, un cometido digno de un jurista, y contribuirá sin duda a su formación como tal.⁽⁴⁾

I.- CARGA DE LA AFIRMACION O ALEGACION EN DERECHO PROCESAL

El medio normal del que tradicionalmente dispone la parte (en sentido sustancial), cuyo derecho ha sido insatisfecho o desconocido por otra persona, para tornar operante o hacer actuante la norma de derecho material ante los órganos estatales no es otro que el de un escrito denominado "demanda", "el acto típico y ordinario de iniciación procesal, al decir de JAIME GUASP, o aquella declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se de vida a un proceso y que comience su tramitación".⁽⁵⁾ Esta pieza procesal es, al decir de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, "el acto básico del proceso, no sólo porque lo incoa materialmente, sino porque constituye su fundamento jurídico y la causa de la sentencia que en él se profiera", por lo cual "la ley procesal ha impuesto siempre al demandante la obligación de estructurarla con observancia de determinados requisitos. Entre éstos se enlista, según lo preceptuaba el artículo 205 de la derogada ley 105 de 1931, la indicación de "lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones"; y, como lo impera el artículo 75 del estatuto procedimental hoy vigente, "lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad", indicando además, "los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones". Lo cual significa —agrega la Corte— que en el libelo demandador debe quedar claramente determinada la pretensión en sus dos elementos que la integran: su objeto y su razón. Es decir, la relación jurídico-material para la cual se impetra

(3) cfr. Miguel Fenech y Jorge Carreras, "Estudios de Derecho Procesal", Librería Bosch, Barcelona, 1962, pág. 53.

(4) Fenech y Carreras, op. cit., pág. 53.

(5) cfr. Jaime Guasp, op. cit., pág. 299.

tutela; y la afirmación de que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que se subsumen en la voluntad declarada por la ley.⁽⁶⁾

El proceso como tal surge, pues, a la vida jurídica mediante un acto básico de carácter procesal: la demanda judicial. Esta es y ha sido considerada secularmente el acto constitutivo inicial de la relación jurídico-procesal. Pero, además, dentro de todo proceso civil supone la demanda, al menos inicialmente, dos partes, sin las cuales no podría hablarse de éste como institución: demandante y demandada. Es así como surge la posición procesal de actor y demandado. Mas importa notar y relieves sí desde ahora que la calidad de actor o demandante, y, a la inversa, la condición de demandado no depende necesariamente de determinada forma de demanda judicial, por cuanto si bien es cierto que existen controversias en las que el reo o demandado se ve constreñido a asumir una actitud o conducta eminentemente activa, no por ello puede aseverarse que pierde su carácter o investidura procesal de demandado.

En derecho procesal es, pues, actor o demandante quien mediante demanda judicial provoca de los órganos competentes del Estado la actuación de la voluntad de la ley para tutela del derecho o situación jurídica pretendida, la cual aspira hacer valer a través del proceso, como instrumento único y eficaz para obtener la actuación de la norma jurídica violada. Esa demanda judicial, como instrumento o pieza procesal que incoa el proceso, tradicionalmente se ha considerado como verdadero silogismo en el cual la "premisa mayor" estaría constituida por la norma jurídica, "la premisa menor" por el hecho jurídicamente relevante, o por las circunstancias o situaciones de hecho concretos que alegan o afirman las partes, y la "conclusión", por la sentencia judicial "cuya premisa mayor a su vez está constituida por la afirmación de la situación supuesta por la norma jurídica, cuya premisa menor lo está por la afirmación de la situación supuesta en el pleito, y cuya conclusión lo está por la afirmación o la negación de la aplicación de la norma jurídica a la situación supuesta en el pleito".⁽⁷⁾

Empero, varios son los requisitos que en el sistema procesal civil colombiano ha de satisfacer la redacción del libelo de demanda.⁽⁸⁾ Normalmente el demandante al redactar o elaborar su libelo de demanda afirma, enumera precisos y determinados hechos en los cua-

(6) cfr. Corte Suprema de Justicia, casación de 22 de junio de 1973, revista "Derecho Colombiano", tomo XVIII, Nº 139, pág. 12.

(7) cfr. Francisco Carnelutti, "La Prueba Civil", Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1955, pág. 4.

(8) Código de procedimiento civil, artículos 75, 76, 77, 82.

les pretende apoyar y fundamentar su pretensión o pretensiones que incoa ante los titulares del órgano judicial para que, una vez probada la existencia y certeza respecto de ellos pueda el juzgador proferir, al final de la contienda o etapa de juzgamiento, la decisión de fondo o mérito que en ley corresponda. A esta facultad de la cual goza el actor o demandante por ministerio de la ley, cuyo ejercicio le resulta conveniente además para obtener ventaja o interés en el proceso, al concretarse o realizarse en un haz de afirmaciones, se le conoce en la doctrina del derecho procesal civil con el nombre de "carga de la afirmación o alegación" de los hechos. Y es a esta primera carga procesal a la que habremos de referirnos previamente en la parte inicial de este capítulo.

Una de las características que tipifican en el derecho procesal civil la "carga de la alegación o afirmación" es, a no dudarlo, la de que los hechos principales (no los secundarios) o de marcada influencia en el caso subjuice o contienda judicial deben afirmarse o alegarse por cada una de las partes con el fin de que pueda el juzgador considerarlos, tenerlos en cuenta en el momento de dictar su decisión. Este principio elemental así esbozado es consecuencia natural aún del predominio del "principio de disposición", que entendido en todo su rigor absoluto imponía a las partes en litigio el impulso, avance y desarrollo de toda la estructura y formación del proceso. La aplicación de este principio en la forma absoluta como se le concibió y aún se entiende por muchos, trajo como consecuencia, al decir de HERNANDO MORALES M., "que la suerte del proceso civil quedara en poder de las partes, quienes se consideraban, y así lo repitieron la doctrina y la jurisprudencia, como dueñas del mismo, no sólo respecto a la cuestión sustancial en él debatida, sino también en lo tocante a su forma externa o actividad previa al juzgamiento."^(8a) Empero, es de advertir que este predominio en el proceso civil del principio dispositivo no significa, como anota CHIOVENDA, "dominio de la voluntad de las partes, sino marcada apreciación de su actividad; no es reconocimiento de un pretendido derecho suyo de disposición sobre el material del pleito, sino sanción de "responsabilidad" en la procuración del material de conocimiento al juez. Ahora bien: esta responsabilidad no puede regularse convencionalmente, puesto que la decisión del juez puede estar determinada por normas precisas de la ley o por los resultados de la actividad de las partes; pero no ser objeto de disposición de las par-

(8a) cfr. Hernando Morales M., "La Prueba oficiosa en el nuevo Código de procedimiento civil", revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Nº 196, junio de 1971, páginas 37, 38, 39, 40, 41 a 51.

tes, de manera que el juez esté obligado, en la formación de las bases de su sentencia, a respetar los acuerdos como tales de las partes".⁽⁹⁾

Los hechos pues que las partes normalmente alegan y deben alegar y probar para aspirar a obtener sentencia estimatoria favorable enmarcan, delimitan, de un lado, la actividad del Juez, pues a éste, salvo casos de excepción, le está vedado fallar y juzgar "*extra y ultra petita*". Diversos hechos y de muy variada índole puede afirmar o alegar tanto el actor o demandante en su libelo de demanda como el demandado en el escrito de respuesta o contestación a la demanda. Así, verbigratia, si el fundamento de la demanda son hechos constitutivos o estructurales de determinada pretensión no pueden éstos afirmarse de cualquiera manera, ni en forma vaga o demasiado general, como que los hechos alegados deben tener en el proceso determinada comprensión espacial, personal y temporal. Así, verbigratia, si Pedro afirmara escuetamente que Juan le causó perjuicio, tal aserto sería demasiado vago y general; y no sobra advertir aquí, que la "*afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al Juez*".⁽¹⁰⁾

El señalamiento exacto y preciso de los hechos deviene entonces en requisito "*sine qua non*" de toda demanda judicial constituyendo así apoyo o fundamento necesario de la pretensión o pretensiones del actor, como de la excepción o excepciones que aduzca el demandado. A esta enunciación o relación de hechos tradicionalmente se le ha denominado "*causa petendi*", formada no por cualquier hecho de donde se derive el derecho, sino por los que en el libelo de demanda haya precisado e indicado clara y concretamente tanto el actor como el demandado. Se comprende así fácilmente porqué en el proceso civil los hechos alegados o afirmados por cualquiera de las partes sean de tanta trascendencia, sustanciales para que el juez de instancia pueda hacer pronunciamiento de fondo favorable sobre el objeto litigioso, y se capta mejor la razón de ser la "*causa petendi*" en el proceso el título o fuente de donde se deriva y emana la pretensión, sea en proceso de relación contenciosa o voluntaria. Por esto mismo es por lo que, como ya lo notamos, los hechos de la demanda delimitan, enmarcan en el proceso civil el objeto litigioso en forma tal que el juzgador de instancia no puede sentenciar en favor del demandante o demandado con fundamento en hechos diferentes de los en ella expresamente aseverados, así se

(9) cfr. José Chiovenda, "*Principios de Derecho Procesal Civil*", Editorial Reus, Madrid, traducción española de la tercera edición italiana, tomo II, pág. 293.

(10) cfr. Carnelutti, op. cit., pág. 4.

encuentren éstos debidamente probados en el proceso. La "*causa petendi*" no es entonces cosa distinta de los hechos relacionados, aseverados en la demanda, los cuales deben comprobarse adecuadamente en el proceso con el fin de provocar la actuación favorable de las normas sustanciales que han dejado de actuar. Y es precisamente el poder jurisdiccional del Estado el que define la trascendencia y efectos de los hechos, así el actor o demandado no hayan acertado darles el calificativo que en realidad les corresponde. "*Esta calificación o evaluación del material de hecho en el proceso es misión reservada al juez, quien por autoridad de la ley dice, declara el derecho, mas no función de las partes, a quienes únicamente les incumbe probar los hechos generadores o extintivos de las relaciones jurídicas*".⁽¹¹⁾ Esta ha sido, por lo demás, doctrina reiterada y uniforme de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia Colombiana.⁽¹²⁾

Es de anotar además que la "*causa petendi*" impone adicionalmente nuevo límite al poder decisorio del juez, pues que éste no puede en el proceso civil resolver sobre puntos ajenos a la controversia, ni exceder lo pedido por las partes, ni tampoco dejar sin solución extremos que expresamente le hayan sido planteados por éstas: es decir, no puede el juzgador fallar "*extra petita*", "*ultra petita*" o "*mínima petita*". A este respecto la causal segunda de casación (C. P. C., artículo 368) como lo ha venido repitiendo insistentemente la jurisprudencia nacional de la Corte, está inspirada en la necesaria armonía entre las pretensiones de la demanda y excepciones propuestas por el demandado y la sentencia de segunda instancia.⁽¹³⁾

El Código Judicial derogado en el artículo 596, establecía a propósito de lo anterior el principio de que las pruebas debían ceñirse a la materia de la decisión y que eran legalmente inadmisibles las inconducentes, o para mejor decir, aquéllas que no se referían a los hechos en que apoyara la pretensión del actor o las excepciones del demandado; la preceptiva legal del viejo estatuto procesal sirvió de fuente a la doctrina y jurisprudencia nacional para reclamar del juez esmerado celo y vigilancia en el decreto u ordenación de los medios probatorios, por la estrechísima conexión que debía y debe existir entre éstos y los hechos constitutivos de la "*causa petendi*", "*pues, por una práctica judicial viciosa e inveterada, como lo ano-*

(11) Casación de 3 de mayo de 1961, Corte Suprema de Justicia, G. J. tomo 95, pág. 818.

(12) cfr. casación de 2 de diciembre de 1941, G. J. 1981, 808, casación de 22 de marzo de 1943, XLI bis 233, y casación de 4 de agosto de 1959, G. J. tomo 91, pág. 393.

(13) Casación de 13 de junio de 1973, Foro Colombiano, tomo IX, N° 50, pág. 182.

taba el procesalista colombiano ALVARO LEAL MORALES, se despacha el decreto de cuanta probanza soliciten las partes sin examen previo alguno sobre estos particulares".⁽¹⁴⁾

Nuestra propia jurisprudencia nacional invariable y reiteradamente ha sostenido no ser indiferente la manera como se formula o determina "la causa petendi", porque si, vgr., se afirma la celebración de determinado contrato y se indica con precisión su contenido o materia únicamente, "el Juez puede interpretarlo y sacar las consecuencias jurídicas que de él se deduzcan, pero si en la demanda se individualiza el contrato tanto en el hecho como en el derecho, las atribuciones del Juez quedan reducidas al respecto y su facultad se limita a aplicar las consecuencias de ese título específico de la demanda y de sus efectos con relación al demandado".⁽¹⁵⁾

Esta "carga de afirmar" se mantiene en nuestro actual ordenamiento procesal civil, pues aunque con la expedición del código de procedimiento civil hoy vigente el rígido principio dispositivo que por muchos años imperó en el sistema procedimentalista de la ley 105 de 1931 (Código Judicial) sufrió grave mengua y alcance, hoy subsiste aún, así haya sufrido sustanciales variaciones en el horizonte de la contienda, como posteriormente lo analizaremos. En efecto: en el sistema procesal civil colombiano hoy vigente el tratamiento del objeto litigioso sigue presidido parcialmente por el principio dispositivo de las partes en cuanto a la delimitación del objeto litigioso y en lo tocante a la forma o sentido en que debe ser resuelto o fallado el litigio por el juez. Las partes tienen en el nuevo ordenamiento procesal (Código de Procedimiento Civil) el poder de precisar la controversia, delimitar el tema de la prueba, los hechos constitutivos de la "causa petendi" o relación fáctica (carga de la alegación o afirmación), y principalmente (aunque no exclusivamente) también tienen la carga de demostrar al juez con los elementos de convicción adecuados (*medios de prueba*) la certeza de estos hechos que constituyen la fuente jurídica de su pretensión. En el primero de los aspectos enunciados carece el juez totalmente de facultades, salvo casos excepcionales (C.P.C. artículo 2º). En el segundo, el juez ya no tiene facultades de averiguación y verificación subordinadas a las que le asiste a las partes (C.P.C. artículo 179) como aconteció desafortunadamente durante el régimen del viejo Código Judicial. (ley 105 de 1931).

(14) cfr. Alvaro Leal Morales, "Teoría del Proceso Civil", Editorial Diario Jurídico, Bogotá 1959, tomo I (La Acción), pág. 58.

(15) cfr. Hernando Devis Echandía, "Derecho Procesal Civil General", Editorial Antena, Bogotá 1947, pág. 273.

La delimitación del objeto litigioso o relación fáctica cuya carga le corresponde sucesiva y alternativamente en el proceso a quien postule o arfirme el supuesto de hecho de la norma jurídica cuyos efectos jurídicos quiere se produzcan, supone, como lo anota CARRERAS —"una serie de facetas íntimamente entrelazadas, pero cuya distinción es precisa a efectos de su análisis. En primer término, el proceso civil no puede iniciarse sin excitación de parte, es decir, sin que un ciudadano solicite la concesión de tutela jurídica por el órgano jurisdiccional; de esto se deriva, en un sentido negativo, que el Juez no podrá fallar más que sobre lo pedido por el actor y que deberá abstenerse de fallar sobre cosa distinta; en un sentido positivo, el Juez deberá forzosamente fallar sobre lo pedido sin omitir pronunciamiento alguno sobre el objeto litigioso propuesto por el actor".

"Ahora bien: dado que el demandado pretende también una tutela jurídica —aunque sea en forma de sentencia absolutoria—, es obvio que también el demandado puede intervenir en la delimitación del objeto litigioso, de modo que lo dicho respecto del actor vale para él. Es más, la delimitación del objeto surge lógicamente de la dualidad de posiciones y su combinación; de aquí que si el demandado no combate al actor, si no acepta su misma posición y se allana a la pretensión, no existe entonces objeto litigioso, y el Juez no puede enjuiciarlo sino que debe dar lugar a lo que el actor solicita y el demandado está conforme en otorgar. Del mismo modo, si surgido el litigio por pretensión y oposición, el actor renuncia a obtener la tutela solicitada, el Juez debe poner término al proceso que ha devenido inútil; y si ambas partes transigen sobre el objeto litigioso, el Juez debe respetar y dar fuerza a la transacción".⁽¹⁶⁾

Por eso es por lo que el principio dispositivo al proyectarse en el proceso civil en cuanto al tratamiento del objeto litigioso hace surgir en cada una de las partes en litigio y en interés de su propia victoria, la carga de aportar al proceso el material de hecho indispensable para deducir de éste el derecho resultante de la adecuación de los hechos afirmativos en la demanda con la norma jurídica. Esta labor o conducta que por igual incumbe a cada una de las partes en función de su propio interés, es lo que en la doctrina procesal se conoce con el nombre de "carga de la afirmación o alegación", a la cual se hallan éstas gravadas, de modo tal que de no

(16) cfr. Fenech y Carreras, op. cit., págs. 255, 256.

ejercitarse en el proceso inflexiblemente se hallará cualquiera de ellas en situación de desventaja y expuesta a perder irremesiblemente el pleito.

En suma: las partes, en virtud del principio de disposición o dispositivo que en nuestro ordenamiento procesal civil aún se mantiene vigente para la incoación del proceso civil, es decir, el inicio de la actividad jurisdiccional y la renunciabilidad de derechos, excepción desde luego de que se trate de aplicar normas de carácter público como las procesales (C. de P. C. artículo 6º) pueden constreñir al juez a poner en la sentencia determinada situación fáctica distinta o alejada de la realidad, bien omitiendo un hecho real, ora afirmando acordes un hecho imaginario o diferente a su realización.

Quizás, no sobre agregar que la afirmación de cada una de las partes vincula al juzgador en cuanto a la posición del hecho; de un lado, porque no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una (cuando menos) de las partes; y, de otro, porque no puede dejar de omitir una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes.⁽¹⁷⁾ PRIETO CASTRO expone también que *“la responsabilidad del resultado del proceso recae sobre las partes, de suerte que, en el punto de que ahora se trata, cada una de ellas tiene “la carga de afirmar” los hechos que constituyen el supuesto de la norma en que se ampara y, en caso necesario, la “de probar su existencia”. Los hechos no alegados no pueden ni siquiera ser objeto de discusión y examen. Es una consecuencia elemental del principio dispositivo”*.⁽¹⁸⁾

Por todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que dentro del proceso civil que se inspira básicamente en el ya referido principio dispositivo, la carga de la afirmación de los hechos es de suma trascendencia para el buen éxito de los litigios como hemos podido apreciarlo a través de las presentes explicaciones. Aclarando desde luego y siguiendo el pensamiento de CHIOVENDA en este punto, que no todo aquello que se afirma está gravado con la carga probatoria, como acontece, verbigratia, con las reglas o fundamentos de derecho en que se apoya toda demanda judicial, y los hechos notorios de que haremos somera mención. Háblase de *carga* y no de *deber u obligación*, por cuanto por *carga* ha de entenderse —como nos enseña con singular brillo CARNELUTTI— el ejercicio de una facultad, *“cuando ésta aparece como condición para ob-*

(17) cfr. Carnelutti, op. cit., pág. 9.

(18) L. Prieto Castro F., *“Derecho Procesal Civil”*, Editorial *“Revista de Derecho Privado”*, Madrid 1968, volumen Primero, pág. 470.

tener una determinada ventaja; por ello la carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés. Obligación y carga, tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad; pero difieren en el elemento substancial, porque cuando hay obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno, y para la tutela de un interés propio (subrayamos) cuando se trata de la carga”.⁽¹⁹⁾

Continuando con el análisis de la carga de la afirmación de los hechos en materia civil, vemos cómo por virtud del principio dispositivo el Juez al proferir la sentencia de fondo que pone fin al litigio no puede poner hechos no afirmados por una de las partes, lo cual se explica y justifica claramente si se tiene en cuenta que para aquél el hecho no afirmado por una de éstas no existe, por lo cual mal puede él comportar incertidumbre alguna, la que sí se presentaría en forma incuestionable respecto del hecho afirmado y no probado. *“Este último —como lo anota sagazmente CARNELUTTI— puede ser o no ser; aquél (es decir, el no afirmado) no es”*.⁽²⁰⁾

Ahondando un poco más en nuestro análisis valgámonos de la pretensión reivindicatoria consagrada en el título 12, libro 2º, artículo 946 de nuestro Código Civil, para que veamos más claramente la razón lógico-jurídica de la institución procesal que venimos comentando. *“La reivindicación o acción de dominio, —reza textualmente el artículo 946 del C. C. es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenada a restituirla”*.

Si como antes veíamos, la demanda judicial se ha mirado tradicionalmente como verdadero silogismo en el cual la *“premisa mayor”* está constituida por la norma jurídica tuteladora de determinada situación concreta, *“la premisa menor”*, por las circunstancias fácticas o situaciones de hecho concretas alegadas por las partes, y *“la conclusión”*, por la sentencia judicial, en el caso que Pedro, verbigratia, iniciara proceso reivindicatorio contra Juan, claramente resultaría conformada su demanda de la siguiente manera: *“Premisa mayor”*: de conformidad con el artículo 946 del C. C. *“la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla”*. (norma jurídica). *“Premisa menor”*: es así que yo Pedro, soy titular del derecho de dominio de tal fundo

(19) cfr. Francisco Carnelutti, *“Sistema de Derecho Procesal Civil”*, Editorial Uteha Buenos Aires, 1944, vol. I, págs. 11, 12.

(20) cfr. Carnelutti, *“La Prueba Civil”*, pág. 14.

de que Juan en la actualidad está en posesión, hecho que acredito con las pruebas respectivas adjuntas a la presente demanda: (hechos afirmados por el demandante). *Conclusión:* luégo yo, Pedro, pido al señor Juez que como titular del derecho de dominio del mencionado fundo, cuya prueba he acreditado suficientemente en el proceso y del cual no estoy en posesión, se condene a Juan, demandado y poseedor, a fin de que se me declare dueño y restituya la posesión de la cual fui despojado.

Escuetamente podemos apreciar en el ejemplo propuesto, cómo se llenan o reunen los tres elementos axiológicos que tradicionalmente configuran la pretensión reivindicatoria o de dominio, y que son a saber: a) titularidad en el demandante; b) posesión actual del demandado; c) identidad del bien.

Al promover, pues, Pedro la correspondiente pretensión reivindicatoria contra Juan, lo que se discute en realidad en el proceso es quién tiene mejor derecho a la cosa, comoquiera que el demandado es poseedor y como tal reputado dueño al tenor del art. 762 de nuestro C. C., mientras el demandante no justifique serlo. Ahora bien: si el demandante triunfa en el proceso de reivindicación el Juez en la sentencia (conclusión del silogismo) no hará otra cosa que reconocer el derecho de dominio o propiedad del actor (ante los hechos alegados y pruebas aducidas), y condenar al demandado a restituir la cosa.

Vedado le está al Juez hacer extensión del correspondiente derecho de dominio o propiedad reconocido en la sentencia a inmuebles o inmuebles diferentes que no hubieren sido alegados o afirmados por el demandante, pues si por definición, la demanda judicial constituye verdadero silogismo, que como tal comporta tres términos, menor, medio y mayor, y en el que ninguno de los términos debe figurar en la conclusión con mayor extensión que en las premisas, estaría faltando el juez a las reglas de la lógica si en la sentencia de mérito proferida pretendiera reconocer al demandante, en el ejemplo citado, más de lo que ha pedido, comoquiera que lo más no puede salir de lo menos, o lo que es lo mismo, “*el Juez no puede velar por los intereses de una parte mejor de lo que ésta lo hace*”, para recordar la gráfica expresión del doctor ALZATE NOREÑA.⁽²¹⁾

No podría entonces el juzgador en la sentencia judicial o conclusión del silogismo rebasar lo alegado o afirmado en las dos premi-

(21) cfr. Luis Alzate Noreña. “*Pruebas Judiciales*”, Imprenta Departamental, Manizales, 1941, pág. 17.

sas fundamentales, constituídas la mayor, por la norma jurídica positiva, y la menor, por los hechos aseverados por las partes en litigio: carecería ello de todo fundamento lógico.

Para abreviar cuanto hasta aquí hemos expuesto, digamos con CARNELUTTI, que la *carga de la alegación o afirmación* de los hechos no puede ser distribuída, como sí lo puede ser la “*carga de la prueba*”, en razón de ser unilateral el interés en la afirmación misma, y toda vez que las partes en el proceso civil fijan de determinada manera los hechos básicos del litigio o controversia. Faltaría, al decir del célebre procesalista italiano, “*el motivo lógico para construir una regulación de la carga de la afirmación*”, por cuanto no habría incertidumbre respecto del hecho no aseverado, y de ahí la razón categórica para que no sea necesaria norma alguna que establezca o pueda establecer quién deba afirmar para que un hecho no sea reputado como inexistente, una vez prescrito que el hecho no afirmado debe considerarse inexistente.⁽²²⁾

En cambio, como luego lo expondremos, “*la carga de la prueba*” puede ser distribuída, desde luego que el interés en la fijación del hecho incierto es recíproco entre las partes contendientes, si bien es cierto que en direcciones diametralmente opuestas.

No obstante lo dicho anteriormente, la *carga de afirmar y la de probar* “*son ordinariamente paralelas —como anota CHIOVENDA—, pero no coinciden completamente: no todo aquello que se tiene la carga de afirmar, tiénese también la de probar; ni todo lo que se afirma se debe probar*”.⁽²³⁾ Resulta así, evidente, que si el proceso civil se informa, aunque no ya rígidamente, en el principio dispositivo, es a las partes a quienes les incumbe el deber de afirmar o alegar los hechos que habrán de producir el derecho alegado y pretendido por cualquiera de ellas en la contienda jurídica. Entre las excepciones en nuestro ordenamiento procesal a la regla dada de que no todo lo que se afirma debe probarse podemos incluir los fundamentos de derecho que se citen (normas jurídicas) en la demanda, pues que la ley se presume conocida de todos, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico positivo, con mayor razón para el juzgador, quien por su altísima y elevada misión y conocimiento, debe conocer el derecho, la norma jurídica aplicable al caso controvertido. En este punto, le basta a cada una de las partes afirmar las normas substanciales que tutelen la situación objetiva y concreta

(22) Carnelutti, op. cit., ibídem.

(23) cfr. Chiovenda, op. cit., pág. 243.

planteada ante la justicia, sin que sobre ellas pese el “*onus probandi*”, la “*carga de la prueba*”, ya que —bueno es repetirlo—, el derecho no debe probarse, salvo aquellas excepciones que consagran las leyes positivas como acontece en nuestro código de procedimiento civil con las normas jurídicas sin alcance nacional y las leyes extranjeras (artículo 188 C. P. C.).

En efecto, desde ahora destacamos y queremos relieves muy claramente que la regla de derecho no se demuestra —aunque sí deba afirmarse—, y es al juzgador a quien corresponde aplicarla estando, por lo mismo, las partes litigantes exoneradas al respecto de tales normas de la “*carga de la prueba*”. A las partes que concurren en el proceso civil les incumbe únicamente la alegación de los hechos y actos jurídicos en general, comoquiera que, como ya lo hemos notado, además de que aquéllos le imponen forzosamente una valla, un límite al poder decisorio del Juez, determinan también el contenido de la sentencia, en virtud de la cual se reconoce o declara el derecho reclamado, como consecuencia de la conformación o subsunción de los hechos con la norma jurídica, no importa que tales hechos sean artificiosos y no correspondan a la realidad.

Entre las reglas o normas de derecho que no deben probarse en el proceso existen algunas excepciones consagradas por el derecho positivo vigente, que escapan, como es obvio, a la regla general que hemos ya analizado. Nos referimos a la “*costumbre*” que como se sabe, es fuente de derecho especialmente en materia comercial; a las “*normas jurídicas de carácter regional o local*” y a la “*ley extranjera*”. La costumbre que de conformidad con el artículo 13 de la ley 53 de 1887 constituye derecho a falta de legislación positiva, debe demostrarse por la parte interesada en que ésta se aplique, por tratarse de hechos repetidos en serie, en forma constante y uniforme, demostración que bien puede hacerse en la forma establecida por el artículo 189 del C. P. C., ora acudiendo, si se trata de costumbre mercantil, al sistema probatorio previsto en el artículo 190 del mismo Código en armonía con lo dispuesto en el artículo 6º del Código de Comercio hoy vigente.

Otra excepción al principio general que la norma de derecho no debe demostrarse, aunque sí afirmarse, está constituida por aquellos casos en que alguna de las partes invoca la “*ley extranjera*”, la cual también ha de demostrar el interesado en su aplicación, pues no siendo posible ni exigible al juez colombiano (o de otro

país) que sea docto en el conocimiento de la ley extranjera, resulta ésta para el funcionario otro hecho fundamental del proceso, que como tal debe probar la parte que la invoca.⁽²⁴⁾

Otra excepción al principio o regla enunciada está constituida por los hechos notorios y aquellos otros que son evidentes por sí mismos, los cuales repugna por naturaleza el que deban probarse. Por eso es por lo que a la parte interesada en ellos le es suficiente afirmarlos estando exenta de “*la carga de prueba*”. La “*notoriedad*” en los hechos es concepto que difiere mucho en cuanto a su apreciación se refiere, de un país a otro, según sea el grado de cultura y civilización alcanzado. “*La notoriedad —como anota CHIOVENDA— es un concepto por todo extremo vago, y acaso por esa razón sus consecuencias no se hayan reflejado en el proceso por la dificultad de separar aquellos hechos cuya certeza e indiscutibilidad pertenecen al patrimonio común y pueden aprovecharse por el Juez sin quebrantar el principio dispositivo, y aquellos otros que privadamente conoce, pues que tratándose de éstos no puede prevalerse de su conocimiento personal para juzgar según ellos, sin posibilidad de que las partes fiscalicen en uso de su derecho, su exactitud*”.⁽²⁵⁾

En lo tocante a la prueba de los hechos notorios no existe criterio unánime en el campo de la doctrina. Para el tratadista RAFAEL DE PINA, “*el hecho notorio puede dejar de ser conocido en un lugar y época determinados por cualquier persona de mediana inteligencia y cultura, y desde luego, por el Juez a quien por su cargo hay que atribuir fundadamente un grado de elevación en ambos órdenes al nivel medio*”.⁽²⁶⁾

II.- LA CARGA DE LA PRUEBA

La institución procesal de lo que la doctrina procesal ha denominado “*la carga de la prueba*”, ha sido, al decir de ROSENBERG, “*la columna vertebral del proceso civil*”.⁽²⁷⁾ Tratar de esbozar toda una teoría general sobre lo que jurídicamente ha de enten-

(24) Código de procedimiento civil, artículo 188.

(25) Manuel de La Plaza, “*Derecho procesal civil español*”, Editorial “*Revista de Derecho Privado*”, Madrid, 1942, vol. I, pág. 431.

(26) Rafael de Pina, “*Manual de Derecho Procesal Civil*”, Editorial Reus, Madrid, 1936, Primera Edición, pág. 194.

(27) cfr. Leo Rosenberg, “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, tomo II, pág. 29.

derse por "carga de la prueba" y sintetizar todas y cada una de las incidencias y casos concretos que en la práctica judicial puedan presentarse, es aspecto que se sale obviamente de los estrechísimos límites que nos hemos trazado en este ensayo. Hemos procurado sí realizar un esquema lo más sintético y claro posible, señalando al propio tiempo el criterio más lógico que en rigor técnico ha propuesto la doctrina procesal e indagando, además, si el criterio dominante es compasado con el que inspira nuestra nueva ley de enjuiciamiento civil en la distribución de la "carga de la prueba"

"En los procesos primitivos —anota CHIOVENDA— donde para dirimir las contiendas se provocaba una manifestación de la divinidad, un gran número de litigios se resolvían mediante el juramento, la posibilidad que se tenía de conseguir el triunfo con la simple prestación de un juramento hacía que en la mayoría de los casos se considerase la prueba como un hecho del demandado. Al transformarse la litis esencialmente, convirtiéndose en decisión de controversias sobre la base del convencimiento de un Juez, se va sintiendo poco a poco la necesidad de pruebas cada vez más perfectas; suministrar la prueba pasa a ser una carga, y dos causas concurren para que esta carga le sea atribuída al demandante: primera, la condición misma del actor como iniciador de la litis; y luego, el interés que el mismo actor tiene".⁽²⁸⁾

Uno de los múltiples criterios en que se ha apoyado la distribución de la "carga de la prueba" ha tenido como fundamento un principio de justicia distributiva que reparte la carga probatoria fundándose en la consideración de lo que es normal y anormal, es decir, regla y excepción. "A veces esta relación está dada claramente por la ley, incluso con frases puestas a propósito: "a no ser que", "excepto que", y semejantes. Pero cuando estos signos exteriores faltan o son equívocos, hay que atender a la naturaleza del acto que se trate".⁽²⁹⁾ En el derecho romano se estableció como principio general el de que al "actor correspondía la carga de probar los hechos de su demanda", y al "demandado los que invocara como fundamento de sus excepciones", siempre que éstas contuvieran implícita una afirmación. Fue tal el grado de eficacia de este principio, que si el actor no probaba su acción, el demandado debía ser absuelto; y si éste no probaba los hechos básicos de su excepción, ésta se tenía como no alegada por falta de los hechos afirmativos que le sirvie-

(28) cfr. José Chiovenda, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1940, vol. III, Primera Edición, pág. 87.

(29) Chiovenda, op. cit., págs. 96 y 97.

ran de fundamento, siguiendo en ello la máxima "onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actor, actore non probante reus est absolvendus".

Dentro de esta primitiva concepción el interrogante de determinar a quién incumbe el peso o "carga de la prueba", apenas si es simple consecuencia del principio de la igualdad de las partes ante la ley, ya que para el juzgador tanta fe y respeto ha de merecer el dicho del actor como el del demandado, como que, de lo contrario, la libertad civil y los derechos de los asociados estarían sujetos al vaivén del capricho de las partes, de los influyentes o audaces, quedando al arbitrio del Juez estimar —según su propio criterio— el que a él le plazca, ofendiendo así la justicia y la igualdad civil.

Importa destacar, de paso, que la teoría general de la carga de la prueba ha estado íntimamente relacionada con el rígido principio de disposición, en cuanto la afirmación de los hechos y el aporte de todas las probanzas normalmente ha quedado reservado al libre juego de la iniciativa de las partes contendientes. Esbozar y analizar los múltiples criterios que la doctrina procesal ha acogido tradicionalmente para determinar a quién corresponde o incumbe la "carga de prueba", y sus repercusiones en el proceso civil, es uno de los objetivos que nos hemos propuesto desarrollar en el presente estudio. No obstante, cuál deba ser ese criterio dominante para determinar quién corre con el "peso de la prueba" en cada caso concreto, no existe unanimidad en los tratadistas de derecho procesal civil. Es por esto por lo que resulta en extremo difícil elaborar una formulación general y completa del principio o criterio que presida en todos los casos la institución de "carga de la prueba", y mucho más complejo pretender dar a él una justificación racional, general y unitaria.

Quizás adelantándonos un poco en la cuestión digamos, desde ahora, que todo el problema de la "carga de la prueba" se traduce o cristaliza en la práctica en un problema de distribución entre las partes "del riesgo de la falta de prueba —al decir de CARNELUTTI— respecto de un hecho afirmado, es decir, de la incertidumbre de los hechos".⁽³⁰⁾ Este riesgo de la "falta de prueba" respecto de un hecho afirmado por una u otra de las partes contendientes, gravita o pesa al iniciarse el proceso civil sobre ambas partes liti-

(30) Francisco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Editorial Uteha, Buenos Aires, 1944, vol. II, pág. 97.

gantes, distribuyéndose en el curso del debate probatorio en forma sucesiva, alternativa, según sean las diversas fases o etapas del proceso. “*Ab initio*”, es el demandante a quien incumbe “*la carga de la prueba*”. El demandado puede asumir una actitud o conducta de simple expectativa permaneciendo, por así decirlo, a la defensiva. Pero también puede suceder que adopte una posición activa, ofensiva, trasladando el campo del debate a un terreno novedoso, en cuyo caso, cargaría él también con el “*peso de la prueba*”, como cuando aduce y propone excepciones de mérito (“*reus in excipiendo fit actor*”).

Simultáneamente el demandante inicial, es decir, el primer actor puede verse constreñido, impulsado a probar contra el fundamento de las excepciones propuestas por el demandado; la lucha judicial puede así ir revistiendo infinita gama de fases sucesivas en el curso de las cuales cada parte ocupará situaciones diferentes, lo que resulta compasado en verdad con el principio de la “*igualdad de las partes*” ante la ley, como que es incuestionable, que ninguno de los litigantes podría tener la pretensión de tener mejor categoría o mayores privilegios que su adversario.

Por tanto, si, como ya hemos advertido, “*la carga de la prueba*” no es sino la distribución que el propio legislador hace del “*riesgo de la falta de prueba*” de un hecho afirmado e incierto, natural es entonces concluir que el efecto o consecuencia de esa “*falta de prueba*” ha de recaer, en principio, sobre la parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo. Esta parte, contará entonces con grandes probabilidades de ser vencida en el proceso, lo cual es valedero tanto para la ausencia de prueba del demandante o demandado (*actore non probante, reus absolvitur*), como para aquellos casos en que la prueba resulta insuficiente. Sobre este aspecto están acordes la doctrina y los más destacados tratadistas de derecho procesal como CHIOVENDA, KISCH, CARNELUTTI, MICHELLI y ROSEMBERG, entre otros.

Entendida así, “*prima facie*” la “*carga de la prueba*”, importa analizar el criterio que nuestra ley procesal civil vigente adopta para distinguir y precisar a cuál de las partes en el proceso le incumbe o corresponde esta carga. Ese criterio ha de descansar en el interés en la afirmación misma, aspecto de que luego nos ocuparemos con mayor detenimiento; es decir, la “*carga de probar*” recae sobre quien tiene *el interés en afirmar*.

Quien invoca, pues, determinada pretensión tiene la “*carga de probar*” el supuesto fáctico previsto en la norma que consagra el efec-

to jurídico pretendido, y quien propone la excepción tiene la “*carga de probar*” los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas de esa pretensión. Este criterio es sugerido, al decir de CARNELUTTI, “*por una regla de experiencia, puesto que casi siempre aquél a cuyo favor determinado hecho constituye base o fundamento de una pretensión o excepción, se procura la disponibilidad de los medios necesarios para demostrarlo*”.⁽³¹⁾

Este criterio así expuesto armoniza en nuestro nuevo ordenamiento procesal con la doctrina que contiene el primer inciso del artículo 1.757 del C. C. y el 177 del Código de Procedimiento Civil, disposiciones que en el derecho procesal civil colombiano regulan la distribución de la “*carga de la prueba*”. Empero, el principio o regla consagrado en el artículo 177 del Código Procesal Civil no es ni puede ser absoluto, comoquiera que el legislador por consideraciones de diversa índole distribuye en muchos casos el “*riesgo de la prueba*” de manera diferente, es decir, invierte la “*carga de la prueba*” haciendo pesar ese riesgo a cargo del demandado, así se trate de hechos constitutivos; o viceversa, a cargo del actor, ora se refiera a hechos extintivos, ya a una condición impeditiva. En estos casos la doctrina y el derecho positivo de cada país dicen con toda exactitud que ciertos hechos “*se presumen*”. Así, vgr., la buena fe, la igualdad de cuotas en una comunidad, el animus domini en la posesión, etc.⁽³²⁾

Háblase de “*carga de la prueba*” y no de “*deber u obligación procesal, por cuanto aquélla es “la necesidad jurídica en que viene a encontrarse en la práctica la parte contendiente —al decir de LESSONA— de consolidar o justificar una dada relación de hecho que todavía no consta en el proceso”*”,⁽³³⁾ punto en que están acordes los tratadistas y la doctrina del derecho procesal. No hay, pues, por este aspecto controversia alguna ni disparidad de pareceres en el campo doctrinario, pues si “*no probar un derecho y no tenerlo*”, es lo mismo, a la afirmación de un hecho que en el libelo de demanda haga el demandante o el demandado, en el escrito de respuesta a ésta, debe ir aparejada la respectiva probanza o elemento de prueba que lo evidencie, le de certeza y lo fije adecuadamente en el proceso.

De todo cuanto viene dicho hay que concluir que resulta necesario además que la prueba exista en el proceso para fijar los he-

(31) Carnelutti, op. cit., pág. 96.

(32) Código Civil Colombiano, artículos 762, 769, 2322, 2328.

(33) cfr. Carlos Lessona, “*Teoría General de la Prueba Civil*”, Editorial Reus, Madrid, 1942, vol. I, pág. 166.

chos controvertidos por las partes, siendo indiferente que la haya suministrado una u otra de las partes intervinientes en el proceso, toda vez que en no pocas ocasiones una parte que no tiene interés en probar bien puede aportar pruebas por propia iniciativa, caso en el cual y en fuerza del principio de adquisición o comunidad de las pruebas, puede el Juez acogerlas o rechazarlas independientemente de quien las haya aportado, y estimarlas en el momento de dictar su decisión.

La prueba de los hechos en el campo del proceso es así corolario u obligado complemento de la carga de la afirmación o alegación. Esta última carga procesal, como ya lo advertimos, no puede ser distribuída en razón de que el interés en cuanto a la afirmación misma es unilateral —siguiendo en ello a CARNELUTTI—, como que cada parte tiene interés en afirmar únicamente aquellos hechos que le convienen y que sean constitutivos de su pretensión o excepción.

Por lo demás, analizado un poco más a fondo este último aspecto fácilmente advertimos —mirada la cuestión en relación con uno solo de los litigantes— cómo al lado de su interés en afirmar y probar lo que puede convenirle existe otro interés quizás más poderoso y decisivo que éste, cual es el de ocultar lo que no le favorece: *“es en esta empírica consideración, que no es privativa de la contienda judicial sino predicable de cualquier relación humana —como lo expresa tan acertadamente DE LA PLAZA— donde está la razón de ser de la que se llama “la carga de la prueba”.*”⁽³⁴⁾

Si en el proceso, además, se pretende obtener determinado efecto jurídico, los hechos que pueden producirlo y que han sido *“afirmados o alegados”* por cualquiera de las partes han de ser probados adecuadamente en caso de que se controviertan, pues solo así es como surge en el proceso la incertidumbre de los hechos, o lo que es lo mismo, el *“riesgo de la falta de prueba”* a cargo de la parte que debe aportarla. Advertimos de una vez, que la distribución entre las partes contendientes del *“riesgo de la prueba”* que falte tiene lugar cuando las consecuencias de dicho defecto graviten sobre una u otra de las partes, según que el hecho alegado constituya presupuesto de una pretensión o excepción.

Esta posición de las partes respecto a las consecuencias de la prueba que falta tradicionalmente se ha enunciado así: *“onus probandi incumbit qui dicit non qui negat, onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actor* (aquí *“qui dicit y negat”*, son usa-

(34) Manuel de La Plaza, op. cit., pág. 430.

dos en lugar de quien pretende y quien se defiende). Distribución, que ha de entenderse no en cuanto a la *“carga de probar”*, que la tienen en nuestro ordenamiento procesal ambas partes y el propio juzgador, sino del riesgo de *“la falta de prueba”*. Así, verbigratia, si el Juez encuentra en el proceso elementos de prueba que le hagan convencer de que un hecho existe o no, su convicción se forma sin influencia alguna de los principios sobre distribución de *“carga de la prueba”*. El juez sólo ha de acudir a estos principios cuando la instrucción completa del proceso no le ofrezca elementos de convicción, caso en el cual ha de resolver la duda a costa de la parte a la que incumbía la carga.

Si Pedro, verbigratia, demanda a Juan para la restitución de suma de dinero dada en mutuo y existe duda acerca de la existencia de dicho préstamo, el Juez ha de absolver a Juan, pues Pedro no ha probado el supuesto fáctico de su pretensión. (*“actore non probante reus absolvitur”*). Si Juan excepciona *“el pago”*, y el Juez tiene certeza acerca de la existencia del préstamo, pero incertidumbre en lo atinente al pago, condenará a Juan, pues Pedro ya probó la existencia del mutuo y Juan no demostró *“el pago”* como hecho extintivo de su obligación.⁽³⁵⁾

El perjuicio pues, de la falta de prueba o de prueba insuficiente —que para el caso es lo mismo—, lo sufre y ha de sufrir la parte a quien correspondía la *“carga de la prueba”*, comoquiera que si no tiene a mano ningún elemento o medio de prueba suficiente, bien puede temer el fracaso de su pretensión, así su derecho sea una verdad absoluta. Surge así entonces la importancia del problema relativo al modo como ha de distribuírse entre las partes la *“carga de la prueba”* en el proceso. El criterio o principio general consagrado en el nuevo Código de Procedimiento Civil es el de que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*.⁽³⁶⁾ Este principio es más técnico y más exacto, a nuestro juicio, que aquel otro el *“actor es el que debe probar su acción”*, y el *“demandado su excepción”*, perjudicándolo y absolviendo a éste la *“falta de prueba”* del primero.

Analícemos ahora, así sea sucintamente, el criterio teórico y práctico en que se inspira la distribución de la *“carga de la prueba”*. En este punto el criterio de los tratadistas no es unánime; por el

(35) Código Civil Colombiano, artículo 1757 y Código de procedimiento civil, art. 177.

(36) Código de Procedimiento Civil, Artículo 177.

contrario, es bastante discutido. Así, verbigratia, CARNELUTTI teniendo en cuenta un punto de vista eminentemente teleológico y la finalidad del proceso, propone como criterio "la conveniencia de estimular a la prueba a aquella de ellas que más probablemente esté en condiciones de aportarla, y por tanto, a base de una regla de experiencia que establezca cuál de las partes esté en mejores condiciones a ese efecto".⁽³⁷⁾ Se fundamenta este último criterio en la imposibilidad, dificultad o facilidad en la prueba, criterio que no nos parece pueda incidir en la "carga de la prueba", sino quizás en la apreciación o estimación de la prueba, aspecto hartamente diferente. En consecuencia, el criterio propuesto por CARNELUTTI no podemos compartirlo nosotros en cuanto pueda servir de pauta o derrotero en la incidencia de la "carga de la prueba", pues uno de los casos en que hay exoneración total de prueba es en el "hecho afirmativo o negativo" por naturaleza indefinido, comoquiera que en casos como éste en que la prueba sea difícil de aportar no puede haber dispensa total, por lo que, hasta cierto punto podría aseverarse que quien propone un hecho difícil de probar se encuentra en privilegiada situación de ventaja, por cuanto el juez no podría ser tan riguroso en la estimación de la prueba debiendo limitarse a establecer presunciones, indicios, etc., mas no a reclamar o exigir prueba completa de un hecho de esta naturaleza.

De acuerdo, pues, con la doctrina y nuestra propia jurisprudencia nacional "la carga de probar" no está ni puede estar determinada por la cualidad del hecho que ha de demostrarse en el proceso, sino por la condición o posición jurídica que tiene en el proceso aquél que lo invoca, es decir, que si el hecho que ha de probarse constituye extremo de la pretensión debe probarlo el actor y no el demandado, o viceversa, criterio éste armónico en un todo con el principio normativo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente. Para nosotros, es, pues, incuestionable que la "carga probatoria" debe recaer sobre quien afirma el supuesto de hecho previsto en la norma que consagra el efecto jurídico que persigue, como que la calidad jurídica del demandante o el demandado cuando excepciona depende en estricta técnica jurídica del "interés en la afirmación". Por tanto, si la "carga de la prueba" no es nada distinto de una distribución positiva entre las partes del "riesgo de la falta de prueba" respecto del hecho alegado o afirmado, clara resulta esta consideración o premisa para comprender la razón por la cual puede distribuirse entre las partes ese

(37) cfr. Carnelutti, "La Prueba Civil", pág. 95.

riesgo. CARNELUTTI sostiene categóricamente cómo "la carga de la prueba puede ser distribuída porque el interés en la fijación del hecho incierto (o sea la decisión acerca de la existencia del hecho incierto) es recíproco entre las partes —si bien de dirección contraria—, de tal modo que normalmente una y otra aportan pruebas destinadas a hacer considerar su existencia o inexistencia".⁽³⁸⁾ La observancia de los principios atinentes a la "carga de la prueba" sirven "no solamente para alcanzar —como lo anota SILVA MELERO— un interés público, ya que tanto las partes como el Estado tienen interés en evitar el riesgo, que si para la parte representa un daño, para el Estado representa una solución injusta".⁽³⁹⁾

Como el hecho no afirmado o alegado se considera inexistente, jurídica y legalmente hablando resultaría absurdo, por decir lo menos, aseverar que lo no afirmado o alegado es incierto. Tal el motivo por el cual la doctrina del derecho procesal civil haya sostenido invariablemente que la "carga de la afirmación o alegación" no puede ser distribuída entre las partes fundándose en la potísima razón de la "falta de incertidumbre" que es dable predicar respecto del hecho o hechos no alegados en el proceso.

El "interés en afirmar" determina a nuestro juicio la elaboración del criterio dominante que acertadamente soluciona la distribución de la carga probatoria, mas no el único. Este criterio preconizado en el artículo 177 del nuevo Código Procesal Civil Colombiano resulta más justo y científico que el que se apoya en la simple posición procesal de las partes en el proceso. Si en muchos casos es el actor o demandante quien debe probar, y en otros es el demandado, ello no se debe estricta y técnicamente hablando a esa eventual posición procesal, como que mejor es aseverar que "debe probar el que afirma o alega el supuesto de hecho previsto en la norma",⁽⁴⁰⁾ que sostener que es al que "afirma a quien le corresponde la carga probatoria", por tener la calidad de actor o demandado. Primero es el "interés en afirmar" en estricta lógica, que la posición procesal que pueden las partes asumir en el proceso civil.

Además, es dable advertir que el "interés en afirmar" sólo surge cuando alguna de las partes ha probado plenamente lo que haya aseverado, o alegado. Entretanto, no hay ese interés para la otra

(38) Carnelutti, "La Prueba Civil", pág. 14.

(39) cfr. Valentín Silva Melero, "La Prueba Procesal", tomo I, pág. 91, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1963

(40) Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

parte en afirmar, ni a *fortiori*” puede nacer la “*carga probatoria*”. No coincide, pues, como es fácil advertirlo, la posición lógica y la posición procesal de las partes en litigio.

Empero, este criterio del “*interés en la afirmación o alegación*” que determina en nuestro concepto la elaboración de la distribución de la “*carga de la prueba*”, merece ligera aclaración para su adecuado y cabal entendimiento, porque bien puede indagarse cuál es el origen o causa de dicho interés; obtenida la respuesta a tal interrogante habremos penetrado quizás un poco más en el fundamento filosófico-jurídico de la institución de la “*carga de la prueba*”. Si “*debe probar quien debe afirmar (o alegar)* —como lo anota CARNELUTTI— *es porque así lo quiere la ley y no porque quien debe afirmar sea el único interesado en probar*”.⁽⁴¹⁾ El pensamiento del eximio expositor italiano nos parece acorde con los principios de la lógica, la doctrina universal y nuestro propio ordenamiento procesal civil, pues en verdad, el “*interés en probar*” se predica de ambas partes, aunque bien es cierto que en direcciones diametralmente opuestas. Si debe “*probar quien debe afirmar o alegar*”, lógicamente lo que incide en esa determinación de la “*carga probatoria*”, es ese “*interés*”, pues que cuando alguien afirma o alega un hecho en el proceso es porque le conviene, y de esta conveniencia surge o nace la institución de la “*carga de la prueba*”.

Empero, importa indagar ahora cuál la razón para hacer pesar en el proceso la “*carga de la prueba*” sobre quien afirma o alega el supuesto de hecho de la norma o normas que consagran el efecto jurídico que se persigue. El meollo del asunto nos lo suministra a nuestro juicio JELLINEK, cuyo sagaz y profundo pensamiento, a propósito de este tema, lo encontramos resumido en uno de los pasajes de su obra cuando anota que “*en el procedimiento el principio de que la prueba corresponda al demandante es un caso de aplicación del principio general de que lo que existe con antelación tiene un derecho preferente a subsistir como derecho*”; a lo que más adelante agrega: “*el origen de la creencia de que existen relaciones normales procede de una determinada actitud del hombre, psicológicamente condicionada ante los hechos. El hombre vé lo que constantemente le rodea, lo que sin cesar percibe y lo que sin interrupción ejecuta no sólo como un hecho, sino también como una norma de juicio a la que intenta hacer que se conforme y adecúen los hechos heterogéneos y discordantes*”.⁽⁴²⁾

(41) Carnelutti, op. cit., ibidem.

(42) cfr. Jorge Jellinek, “*Teoría General del Estado*”, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943, pág. 279.

Sostiene asimismo JELLINEK cómo lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio. El fundamento de la fuerza normativa de lo real reside en la propiedad de nuestra naturaleza, la cual reproduce más fácilmente lo que ha sido ya fisiológica y psicológicamente realizado, que lo que le es nuevo. Por esto ocurre —son también palabras del autor ya citado— en el campo del sistema de derecho que el hecho social dado, sea el que exista como derecho, y todo “*aquel que pretenda introducir una modificación en este estado de derecho*”, (subrayamos nosotros), *tiene que probar su mejor derecho*”.⁽⁴³⁾ He aquí esbozado en nuestro concepto el fundamento filosófico de la “*carga de la prueba*”, que nosotros compartimos, pues resulta indiscutible que en el proceso civil, en la contienda jurídica, el que invoca, alega o afirma el supuesto fáctico de una norma de derecho de la cual pretende extraer determinado efecto jurídico, innova en ese momento, introduce en verdad modificación a un estado de hecho o de derecho preexistente, y de ahí la razón lógica-filosófica para que quien pretenda innovar o introducir una modificación o innovación en el proceso civil tenga esa “*carga de probar*” su mejor derecho, como acertadamente lo expresa JELLINEK.

Empero, este fundamento filosófico de la institución de la “*carga de la prueba*” no es único ni absoluto, por cuanto en múltiples ocasiones las diversas legislaciones y concretamente nuestro código de procedimiento civil⁽⁴⁴⁾ se inspira en la naturaleza misma del hecho afirmado o alegado unido al interés en la afirmación del mismo por parte de quien pretenda introducir un cambio o modificación en determinada situación de hecho, la cual normalmente debe estimarse como tal ajustada a derecho.

Pero, debemos advertir claramente que la razón de ser o fundamento filosófico que de la “*carga de la prueba*” enuncia JELLINEK, y que nosotros acogemos totalmente, no pugna con la preceptiva legal contenida en los artículos 1757 del Código Civil (inciso primero) y 177 de procedimiento civil colombiano, si se analizan e interpretan adecuadamente y en su exacto sentido las palabras del profesor JELLINEK, pues el criterio de distribución de “*carga de la prueba*” que nos proporcionan ambos preceptos en el derecho procesal civil del país no sólo contempla la posición procesal de las partes, el material fáctico que se controvierta en el proceso o tema de la prueba (“*tema probandum*”) sino el efecto jurídico perse-

(43) Jellinek, op. cit., ibidem.

(44) Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

guido con éste en relación con la norma jurídica que debe aplicarse.⁽⁴⁵⁾ La posición procesal de la parte interesa únicamente, al decir de DEVIS ECHANDIA, "para conocer porqué persigue ese efecto jurídico, esto es, si para imponer sus consecuencias al adversario o para oponerse a los reclamados por éste, pero no afecta la regla sobre la carga".⁽⁴⁵⁾

En suma: para elaborar la regla general de distribución de la carga de la prueba no es necesario, ni hace falta recurrir según el autorizado concepto del profesor colombiano DEVIS ECHANDIA, a la clasificación de las normas legales y mucho menos a la de los hechos en "constitutivos" "impeditivos", o "extintivos", comoquiera que "lo que realmente puede tener carácter constitutivo, impeditivo o extintivo es "el efecto" de la norma jurídica, no ésta ni los hechos aisladamente considerados".⁽⁴⁶⁾ Tanto a esta clase o categoría de hechos como a la de los afirmativos y negativos y a los conceptos de normalidad, apariencia y continuidad, etc., nos referiremos en otro capítulo, en el que resumiremos los inconvenientes, bondades y críticas de esta clasificación como criterio de distribución de la llamada incertidumbre de los hechos o "carga de la prueba".

III.- LAS PROPOSICIONES INDEFINIDAS COMO EXCEPCION AL PRINCIPIO GENERAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Habiéndose enunciado y analizado brevemente el artículo 177 del código de procedimiento civil colombiano, el cual comprende —integrándolo— el primer inciso del artículo 1757 del código civil, no derogado por el nuevo estatuto procesal hoy vigente, ocupemos la atención en esta tercera sección de nuestro estudio, en explicar y discurrir un poco sobre uno de los aspectos que en el campo probatorio han tenido y sigue teniendo capital importancia y entidad, cual es el atinente a la institución de la "carga probatoria" frente a las proposiciones negativas o afirmativas de carácter indefinido, y las que en el curso del proceso puede alegar cualquiera de las partes.

Durante la vigencia del antiguo código judicial constituyó verdadera excepción al principio general enunciado en el artículo 1757 del código civil el 595 del entonces código procesal civil, cuyo tenor

(45) cfr. Hernando Devis Echandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", Editorial Víctor P. de Zavallia, Buenos Aires, 1970, tomo I, pág. 487.

(46) Op. cit., ibídem.

literal establecía que "las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse".

La preceptiva legal contenida en el artículo 595 del derogado código judicial contrariando la regla o principio general del artículo 1757 del código civil colombiano eximía de la "carga de la prueba" a quien alegara hechos consistentes en "negaciones" fundándose para ello en la vieja y revaluada teoría de que las negaciones no son susceptibles de prueba dada su absoluta imposibilidad o dificultad para aportarla, como veremos en el desarrollo de este capítulo. En efecto: el inciso segundo del artículo 177 del nuevo código de procedimiento civil colombiano zanjó de una vez por todas la polémica suscitada en torno a los principios anteriores y terminó con las frecuentes y equivocadas interpretaciones a que dio origen la aplicación del artículo 595 del viejo código judicial, pues lógica y científicamente estableció dicho precepto como verdadera excepción a la regla general de distribución de "carga de la prueba" a que se refiere el primer inciso del artículo citado y el 1757 del código civil en su primer inciso, la de que los hechos notorios y "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Hecha esta breve digresión discurramos algo en torno al carácter indefinido de las proposiciones afirmativas y negativas, tema de trascendental importancia en el campo del proceso y en la doctrina misma del derecho.

Ante todo digamos que la proposición —según las severas enseñanzas de la lógica— es la expresión normal de cualquier juicio lógico; es —al decir de FRANCISCO ROMERO— el órgano gramatical o verbal del juicio, su vehículo. Así, verbigratia, si enuncio el juicio Pedro es soltero, hay aquí una proposición verbal, un juicio, contenido significativo de la proposición, que consta de conceptos dispuestos con cierto enlace y enunciativamente, juicio que como puede advertirse, se refiere a una situación objetiva determinada, a determinada situación temporal, cual es la soltería que se predica de Pedro.⁽⁴⁷⁾

Nos enseña además la lógica cuáles son los distintos elementos que constituyen un juicio lógico. El primer elemento que hallamos es el "concepto-sujeto" (sujeto del juicio); este concepto está en

(47) cfr. Francisco Romero, "Lógica", 17ª Edición, Editorial Espasa Calpe-Argentina, S. A., 1961, pág. 60.

representación del "objeto" a que el juicio se refiere. Como todo juicio es un pensamiento enunciativo, forzosamente tiene que referirse a un determinado objeto sobre el cual debe recaer la enunciación, y el "concepto-sujeto" personifica este objeto. El "juicio", pues, no está ni puede estar constituido por los objetos a que se refiere; éste solo consta de conceptos. La naturaleza del juicio, es, pues, ideal, lógico, ya que el juicio no es nada distinto de una conexión enunciativa de conceptos. De otra parte, los juicios desde el punto de vista de la cualidad no pueden ser sino "afirmativos o negativos"; no hay término medio posible. Lo que el juicio afirma, es o pretende ser siempre una verdad. Sin pretensión de verdad no hay juicio. Es que la verdad del juicio está contenida unas veces en una afirmación y otras en una negación, ya que la cualidad de los juicios de ser afirmativos o negativos depende de que la verdad de un conocimiento no posee grados, y esta misma circunstancia o cualidad hace que no haya conocimientos más o menos verdaderos, comoquiera que no existe un conocimiento más verdadero que otro, pues la verdad no admite grados, si por verdad se entiende la correspondencia de un conocimiento con su objeto, como tradicionalmente lo preceptúa la lógica.

Estas previas consideraciones, que no son sino rigurosos y elementales principios de la lógica nos habrán de ser útiles para clarificar y comprender mejor el estudio de las proposiciones negativas e indefinidas a las que a continuación nos referiremos. Quizás es en este punto en el que la lógica encuentra propicio campo de aplicación y, por lo que, muy acertada resulta la sabia afirmación de que la prueba no es nada diferente que la lógica aplicada en el terreno judicial.

El más desprevenido observador fácilmente puede advertir cómo lo más frecuente en cualquiera discusión en que sostiene una parte la afirmativa y otra la negativa, lo que existe en verdad de por medio no es sino una alegación positiva susceptible de poder demostrarse con facilidad, y que todo en el fondo no consiste sino en una simple diferencia en cuanto al modo de fijar y enjuiciar la cuestión. Si, "verbigratia", afirmo que Juan es pobre y otro niega mi aserto, claramente puede verse y comprobarse cuál de los dos tiene razón, pues quien negó mi afirmación de que Juan es pobre se halla tan imposibilitado para aportar la prueba como si hubiera afirmado que Juan era rico, y yo hubiera negado asimismo su aserto. Sucede entonces, que las proposiciones enunciadas negativamente contienen casi siempre implícitamente una afirmación, y la sim-

ple negación no existe sino en apariencia. Si se afirma que determinado metal no es de oro, implícitamente afirmo una cualidad contraria de dicho metal, y esta cualidad afirmativa contenida implícitamente debo yo probarla. Es así pues, como en innumerables casos bajo el velo o apariencia de una negativa casi siempre se oculta una afirmación precisa y terminante, negativa que arranca en el común de los casos de una afirmativa, como si digo "verbigratia", que no debo nada a mi acreedor, caso en el cual implícitamente afirmo el pago, el cual una vez probado plenamente, demuestra "a fortiori" que no le adeudo nada a mi acreedor.

Un hecho, pues, no resulta negativo sólo porque se enuncie bajo la forma de una proposición negativa sino cuando enunciado afirmativa o negativamente afirma la falta de un hecho positivo. En esta hipótesis la negativa sería absoluta, y si respecto de ella hay exoneración de la "carga de la prueba" por parte de quien la formula no se debe ello al carácter "negativo" de la proposición o del hecho negativo en ella contenido, sino a lo "indefinido" de la misma, aspecto que en estricta técnica jurídica es lo que invierte o desplaza la "carga de la prueba". La prueba, pues, de la negación de un hecho bien puede resultar imposible o difícil no por lo negativo del mismo, sino por su carácter indefinido, cosa bien distinta. Es por esto por lo que ya advertimos que el principio general el que "afirma debe probar", fundado en la circunstancia de la imposibilidad de probar los hechos negativos resulta absurdo, amén de que la doctrina del derecho probatorio se ha encargado de devolver a tal principio su auténtica fisonomía.

En derecho moderno ya no puede aseverarse, pues, en forma dogmática la absoluta imposibilidad o dificultad para probar los hechos negativos toda vez que las enseñanzas de la lógica y la realidad objetiva de las cosas nos ponen de presente incontestablemente todo lo contrario. Y que no sea —digámoslo una vez más— tal imposibilidad o dificultad en la prueba el escudo de corzo en que ligeros e irresponsables litigantes pretendan apoyarse para querer desplazar hacia su adversario el "peso de la prueba"; propugnar la tesis contraria sería tanto como irrumpir la justicia en injusticia, introducir el caos y la anarquía y la más abominable de las arbitrariedades en la composición de los conflictos de intereses.

¿Qué pensar del litigante que, atrincherado en la imposibilidad para aportar probanzas pretendiera descargarse del "onus probandi" con sólo afirmar sus pretensiones de determinada manera y poder obtener así sentencia favorable? Y si en verdad se hallaba

en absoluta imposibilidad para demostrar su aserto, ¿para qué acudió tan temerariamente a la justicia? Claras y fundadas razones de equidad imponen la “*carga probatoria*” a cargo de quien afirme o alegue el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido, independientemente de la facilidad o dificultad en que se halla para demostrarlos, como tuvimos oportunidad de verlo en parágrafos anteriores.

El tradicional principio “*negativa non sunt probanda*” está, por lo demás, en flagrante y abierta contradicción con todos aquellos casos en que el fundamento de la pretensión es un hecho negativo. Así, *verbigratia*, en la “*condictio indebiti*” se debe probar que lo que se ha pagado “*no era debido*”; en la pretensión de daños y perjuicios causados por omisión culposa debe demostrarse que no se ha hecho por el demandado lo que se debía; en la pretensión de “*prescripción de servidumbre*” debe probarse, asimismo, el “*no uso*”, con lo cual corroboramos cuanto hasta aquí hemos venido analizando, es decir, que en el derecho procesal moderno no es ya dable sostener la antigua y revaluada tesis de que las “*negaciones no son susceptibles de prueba*”, por su absoluta imposibilidad lógica de hacerlo, y, que por ende, se asigne la “*carga de la prueba*” al adversario. “*Y aunque la prueba del hecho negativo —como anota CHIOVENDA— se obtenga mediante la prueba de otro hecho positivo, ello no quita para que el tema de la prueba sea el hecho negativo*”.⁽⁴⁸⁾ Otro tanto puede predicarse de la pretensión “*negatoria de servidumbre*” (“*actio negatoria servitutis*”) en la que le bastará al demandante demostrar su derecho de dominio en el inmueble para que, acreditada plenamente la propiedad del mismo, no pese él con la carga de demostrar la “*no existencia de servidumbre en su predio*”, prueba que incumbirá al demandado, lo cual demuestra claramente que el principio tradicional en materia probatoria, “*al actor le incumbe la carga de la prueba*”, está más que derogado.

Un hecho que se expresa por una “*proposición negativa*” no por ello “*es siempre negativo*”. Normalmente una negación encierra la afirmación de la calidad contraria, como acontece “*verbigratia*”, en el caso que yo pretenda exigir el cumplimiento de una obligación que consta en instrumento y el demandado contesta la demanda asegurando que tal instrumento no es válido; en esta hipótesis, el demandado no ha formulado un hecho negativo propiamente dicho, sino uno positivo, a saber: que el instrumento es nulo porque tiene

(48) Chiovenda, “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, volumen III, 1ª edición, pág. 90.

algún vicio que lo torna inválido. No podría, por tanto, escudarse diciendo que no le obliga la prueba del hecho negativo, porque como claramente se ve en el ejemplo propuesto ha aseverado implícitamente la existencia de un hecho afirmativo, que como tal, debe probar.

Otro tanto acontecería si el demandado no contestara la demanda en que le exige el cumplimiento de dicha obligación, pues en tal hipótesis me correspondería como actor la “*carga de la prueba*”. Es un caso idéntico a aquel en que el demandado contestara negando en forma definitiva los hechos aseverados o alegados por el actor: si el hecho negativo expresado por la proposición negativa está circunscrito por circunstancias de tiempo, modo y lugar, la afirmación que la negación encierra debe probarla el que niega, porque entonces el hecho queda definido, y obliga a que se pruebe en lo positivo que tiene de por medio pruebas también positivas.

Empero, si la existencia del hecho es ilimitada, indefinida en el tiempo, en el espacio y en la acción, tanto su negación como su afirmación resulta imposible de probarse por su esencia misma de “*hecho indefinido*”. De ahí que la característica esencial de las negaciones indefinidas resida, pues, en que no se hallan limitadas por circunstancias de tiempo, modo y lugar que pudieran ser los hechos positivos en que se apoyaran. Recuérdese que en lógica una de las grandes divisiones en que por razón de la cantidad se dividen las proposiciones es justamente aquella que las clasifica en “*universales*”, “*singulares*”, “*particulares*” e “*indefinidas*”, siendo estas últimas aquellas en que el sujeto es indeterminado. En el terreno jurídico una negativa es absoluta o indefinida cuando respecto de ella concurre la circunstancia de no envolver la afirmación de una calidad contraria; con otras palabras: cuando de dicha negativa no se desprende ninguna afirmación por ser aquella indefinida en el tiempo, modo y lugar. Para el doctor LUIS CARO ESCALLON, eminente jurista desaparecido, la proposición indefinida es “*la que ha podido suceder en un largo espacio de tiempo, o en numerosos lugares, o ambas cosas a la vez*”.⁽⁴⁹⁾

Resta advertir finalmente que el carácter indefinido de determinada proposición lo es en abstracto y en estricto rigor lógico, es decir, para el juez y la parte contraria, y no en concreto, o sea para la parte que la propone. Así, “*verbigratia*”, si afirmo que siempre

(49) Luis Caro Escallón, “*Derecho Probatorio*”, notas de clase mimeografiadas tomadas en la Facultad de “*Ciencias Económicas y Jurídicas*” de la Universidad Javeriana, Bogotá, 1966, pág. 106.

he ido a misa todos los domingos (*afirmación indefinida*), yo, al enunciar tal proposición se que sí he dejado de cumplir en determinadas ocasiones y en varias de esas fiestas con tan sagrado precepto; no obstante, a la parte contraria interesada en negar mi aserto, le corresponde probar cuándo.⁽⁵⁰⁾

Importa indagar ahora para complementar estas ideas dónde reside o se encuentra la esencia de la indeterminación de las "*proposiciones indefinidas*". Es incuestionable que su indeterminación lógica se halla en la circunstancia de no encontrarse delimitadas, circunscritas por circunstancias de tiempo, modo y lugar, las cuales deben concurrir todas para que pueda predicarse tal carácter de ellas. Así, en la prueba de testigos que declaran haber visto cometer un crimen y la de otros que habiendo estado presentes en el mismo lugar y la misma hora depongan no haber visto nada, esta última tendrá tanto peso como la primera, sencillamente por haberse la circunscrito. Vemos, pues, cómo en realidad toda negación implica casi siempre una afirmación, que si puede circunscribirse, es susceptible de prueba, por lo cual cuando en una negación actúa alguna de las circunstancias que ya hemos mencionado fácilmente podrá advertirse cómo se transforma o convierte en afirmación, sujeta como tal a prueba.

No obstante se arguirá que existen algunas negaciones que por su naturaleza se resisten a toda clase de probanzas tales como ésta: jamás he encontrado a Juan. En casos como éste para probar que jamás he encontrado a Juan sería necesario que tuviera testigos que no me hubiesen perdido de vista en toda mi vida; prueba positiva, es cierto, pero absolutamente imposible. "*Aquí la negativa se analiza —como lo anota BONNIER— en un número infinito de proposiciones afirmativas, así como la línea curva se descompone en líneas rectas. Los hechos tomados aisladamente no tienen nada que no sea positivo, consistiendo la dificultad en su multiplicación. Pues bien: proviniendo —son palabras de BONNIER— la misma imposibilidad moral de la naturaleza compleja de una proposición simple en apariencia, puede encontrarse en una proposición afirmativa tal como ésta: siempre ha llevado en el dedo tal anillo*".⁽⁵¹⁾

Veamos algunos otros ejemplos de negaciones limitadas bien por circunstancias de tiempo, ora de modo o lugar, para entender

(50) Luis Alzate Noreña, "*Pruebas Judiciales*", Imprenta Departamental, Manizales 1941, pág. 109.

(51) Eduardo Bonnier, "*tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*", Editorial Reus, 4ª edición, Madrid, 1913, Tomo I, pág. 43.

mejor el alcance de las proposiciones indefinidas. Así, si afirmo que el 30 de septiembre no tenía aún 52 años, dicha negación equivale a esta otra afirmación: que en tal fecha cumplo 52 (hecho éste que sí puede probarse con el acta o partida de nacimiento). Una negación limitada por una circunstancia de modo sería ésta: Juan no procedió honradamente en tal negocio, negación equivalente a la siguiente afirmación: Juan cometió tal falta en tal negocio (hecho éste que también puede probarse por alguno de los medios probatorios señalados por la ley). Finalmente, veamos una negación limitada por una circunstancia de lugar: mi predio no tiene pleitos, la cual equivale a esta otra afirmación: mi predio está libre de ellos, hecho éste que puede probarse por medio de certificación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar donde se encuentre ubicado. Un nuevo ejemplo podría ser éste: no he recibido pensión del Estado; en este caso, como el Ministerio de Hacienda lleva el dato exacto de las personas pensionadas oficialmente, la persona interesada en negar este hecho debe demostrarlo plenamente, por cuanto hay un sitio o lugar donde puede concretarse la demostración de su "*no hecho*".

Una negación se define, pues, y por tanto está sujeta a prueba cuando se apoya en hechos positivos cuya existencia pueda comprobarse. El sagaz pensamiento del ilustre expositor francés antes citado nos conduce a aseverar como conclusión lo siguiente: cuando un hecho es de carácter indefinido es indiferente que se formule negativa o afirmativamente, y en consecuencia, quien así lo alegue o enuncie está exonerado de la "*carga de la prueba*". Así, si la Nación demanda la restitución de un terreno baldío le basta a ésta con afirmar que el fundo tiene la calidad de tal, y su afirmación es en este caso típicamente indefinida, por lo que entonces es al poseedor a quien corresponde probar que "*no lo es*", porque ya el Estado lo ha adjudicado. La aseveración o alegación que el Estado hace de ser baldío determinado fundo entraña una "*negación indefinida*", o sea, la de no haber salido de su patrimonio, negación que debe destruirse con la prueba de la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el derecho de dominio por quien se pretende dueño.

Otros ejemplos típicos de "*negaciones indefinidas*" pueden ser los siguientes: jamás he viajado a Europa; nunca he girado un cheque; en mi vida entera jamás he servido de fiador. No obstante, a pesar de ser indefinidas las negociaciones así propuestas fácilmente pueden traducirse en hechos positivos, los que como tales tam-

pocos podrían demostrarse. Veámoslo: he permanecido siempre fuera de Europa; siempre he girado documentos distintos del cheque; he estado siempre alejado durante toda mi vida de las fianzas. Existen, pues, hechos claramente positivos cuya existencia no puede comprobarse, lo cual reside en la circunstancia de ser "indefinidos", como claramente puede advertirse en los ejemplos antes propuestos. Lo mismo sucede con las negaciones de la misma índole, las que también están exentas de la "carga de la prueba", al igual que las afirmaciones indefinidas. Por tanto, el hecho que se alegue en el proceso en forma de "afirmación o negación indefinida" no está sujeto a prueba por parte de quien lo invoque. "A contrario sensu", el hecho alegado y discutido por una de las partes en forma de "afirmación o negación definida", debe ser plenamente demostrado para que pueda fijarse y tenerse en cuenta en la decisión de mérito que profiera el juzgador (C. P. C., artículo 174).

Si de antiguo se admitió como excepción a la regla general sobre "carga de la prueba" la alegación de hechos negativos para concluir equivocadamente la doctrina que el demandado no debía probar cuando el actor tampoco demostraba nada, y que bastaba la simple negación para quedar exento de la "carga de la prueba" era lógico que los doctrinantes tuvieran que distinguir para dar apoyo a su teoría entre "negativa de cualidad", "negativa de derecho" y "negativa de hecho". Es "negativa de cualidad" —como lo anota el expositor colombiano ENRIQUE A. BECERRA— "la negación que incluye el desconocimiento de alguna aptitud de persona o cosa, negativa que debe probarse porque envuelve afirmación positiva de un estado de derecho o de hecho: así, por ejemplo, si niego que Pedro esté sano de inteligencia, afirmo que está loco; si niego que es mayor de edad, afirmo que es menor; si niego que un objeto es de oro, afirmo que es de otro metal; si niego que un bien del Estado es mostrenco o vacante, afirmo que es patrimonial"⁽⁵²⁾

"Es negativa de derecho", la proposición que desconoce la legitimidad de un acto que, realizado, establece en su existencia concreta una situación que para ser modificada en su normalidad, reclama la prueba de la negativa"⁽⁵³⁾ Así, cuando Pedro en proceso contencioso le niega a Juan su calidad de hijo natural porque el reconocimiento no se hizo conforme a la ley, constituye un caso en el cual dicha negativa se apoya en hechos positivos que Pedro debe probar (C. P. C., artículo 177).

(52) Enrique A. Becerra, "Teoría y práctica de las pruebas judiciales según la legislación civil colombiana", Imprenta Nacional, Bogotá, 1933, Tomo I, pág. 88.

(53) Becerra, op. cit., ibídem.

"Es negativa de hecho" la proposición con la cual se declara la inexistencia de un hecho o de una modalidad que le es propia; si el hecho está determinado por circunstancias de tiempo y de lugar, siendo como son positivas estas circunstancias, definen el hecho y exigen la prueba también positiva por cualquiera de los medios legítimos; si el hecho es indefinido, ilimitado o indeterminado en su propia existencia, su prueba es imposible, así como también la prueba de los hechos positivos indefinidos, porque la imposibilidad no depende del carácter de positivos o negativos (subrayamos) sino de su esencia como indefinido. Probar que Juan, quien siempre habitó en Bogotá, nunca subió a Monserrate es tan imposible como probar que todos los días visitara dicha colina"⁽⁵⁴⁾

No puede tampoco confundirse la prueba del hecho negativo, como "verbigratia", al que alude el artículo 2.313 del código civil con la obligación de "no hacer alguna cosa", en la que la ley perentoriamente impone una obligación de "no hacer determinada cosa", como cuando alguien se obliga a no levantar la altura de su edificio en forma que tape la vista de la casa de su vecino, de no hacerle competencia a un comerciante en determinada industria o localidad, etc., casos en los cuales es al acreedor de la obligación negativa a quien le corresponde aportar la "carga de la prueba" del acto o hecho positivo ejecutado por el deudor y con el cual ha violado flagrantemente aquella obligación. En casos como éste se ha infringido una regla de conducta acordada contractualmente o impuesta por la ley, y de ahí que sea el acreedor o la competente autoridad a quien incumbe probar que el deudor infringió la obligación "de hacer" realizando el hecho positivo constituido de transgresión.

Con relación a estos principios existen algunas excepciones tales como la que "verbigratia" consagra el artículo 2.249 del C. C. según el cual si el contrato de depósito consiste en objetos contenidos dentro de baúl, fardo, etc., asegurados con sellos o cerraduras de modo tal que no se conozcan aquéllos, en caso de forzamiento o rotura de éstos por culpa del depositario bastará la simple afirmación del depositante sobre la cantidad y calidad de las especies depositadas, para que estas circunstancias así alegadas se consideren probatoriamente establecidas. En este caso, no será necesaria prueba alguna del hecho alegado.

Para terminar este rapidísimo esquema de las "proposiciones indefinidas", bueno es advertir que todo cuanto hasta aquí se ha dicho de las negativas absolutas, debe entenderse igualmente dicho

(54) Idem, op. cit., ibídem.

respecto de las afirmaciones que tienen ese mismo carácter, es decir, que quien las formula está exonerado de la "*carga de la prueba*". Así, si Pedro asevera haber sido honorable toda su vida, no puede probar dicha afirmación por ser "*indefinida*". Por regla general los hechos indefinidos, sean afirmativos o negativos, rarísima vez son materia de discusión entre las partes en litigio; la razón de este aserto estriba en la consideración de que los hechos en su inmensa mayoría como generadores de derechos que son, casi siempre resultan limitados y circunscritos por circunstancias de modo, tiempo y lugar que permiten su pronta y fácil verificación, aunque éstos se enuncien en forma negativa.⁽⁵⁵⁾ El ejemplo, "*verbigratia*", que el expositor colombiano LUIS ALZATE NOREÑA propone en su magnífica obra de "*Pruebas Judiciales*", en el evento en que el actor le niega al demandado su carácter de hijo natural, caso en el cual implícitamente afirma otra calidad o estado civil respecto a éste, en realidad de verdad no pesa o carga el demandante con la prueba de demostrar su negación, porque sea indefinido dicho hecho negativo, sino porque el demandado al invocar expresamente su carácter de hijo natural debe demostrar su aserto, pues él es quien afirma tener esta calidad, limitándose sólo el actor a negar de manera absoluta que aquél haya sido reconocido o tenido como hijo natural en ningún tiempo. Distinta es la hipótesis en que el demandante le niegue al demandado ese estado civil, v.gr., porque su reconocimiento no haya sido hecho conforme a la ley, pues entonces su negativa se fundaría en un hecho positivo que el demandante debe probar (C. P. C., artículo 177).

Hemos hecho especial énfasis en este último aspecto, porque parece que el doctor ALZATE NOREÑA diera a entender o sugiriera en el ejemplo por él propuesto que el actor está exonerado de la "*carga probatoria*" por el carácter indefinido de su proposición, no siendo ésta la verdadera razón, a nuestro juicio, para hacer pesar o gravitar sobre el demandado la carga de la prueba.⁽⁵⁶⁾

No obstante cuanto hasta aquí hemos dicho, en la práctica judicial son pocas en verdad las proposiciones que resultan o tornan indefinidas en su sentido o proyección legal, pues si bien es cierto que no puede desconocerse "*ab initio*" su indeterminación lógica, jurídicamente puede concretarse la proposición —inicialmente indefinida— introduciendo un elemento extraño al hecho mismo debatido, elemento con el cual se desvirtúa aquella quedando así claramente circunscrita y, por ende, susceptible de probarse.

(55) Idem, *ibídem*.

(56) Alzate Noreña, *op. cit.*, pág. 109.

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

Jesús Vallejo Mejía

INTRODUCCION

El derecho administrativo es la rama del derecho público que estudia las normas que regulan la estructura de la **Administración Pública** y el ejercicio de la **función administrativa** del Estado.

El derecho administrativo es una rama del derecho público. Aunque no hay mucha claridad en la doctrina jurídica acerca del contenido del derecho público y hasta llega a negarse la validez de esta categoría, por lo menos desde un punto de vista didáctico es conveniente estudiar por una parte las normas que regulan la estructura y el funcionamiento de los poderes públicos, y por otra las que reglamentan las actividades y relaciones de los particulares como tales. Las primeras corresponden a lo que en un sentido muy amplio y carente de pretensiones dogmáticas puede considerarse como derecho público. Las segundas forman parte del derecho privado.

Como rama del derecho público, al derecho administrativo le corresponde una posición **subordinada**, por cuanto se estructura con base en el derecho constitucional, pero no secundaria, pues su importancia crece diariamente a medida que se incrementa el intervencionismo estatal y se destaca la posición del poder ejecutivo dentro de la organización política.

El derecho administrativo constituye una especialización en el derecho público, pero al mismo tiempo tiene el carácter de un

derecho común de la actividad estatal. En efecto, su objeto se restringe a la Administración del Estado, o sea que los restantes aspectos de la actividad de los gobernantes quedan por fuera de su consideración y constituyen tema de otras disciplinas del derecho público; v.gr. las relaciones internacionales, la organización constitucional, la actividad parlamentaria, los procedimientos judiciales, etc. Con todo, la importancia creciente de la Administración y por consiguiente la mayor elaboración y complejidad de los conceptos jurídicos que le son propios, conducen a que dichos conceptos se apliquen a instituciones que no forman parte del orden administrativo. Valdría la pena estudiar más a fondo en qué medida las reglas forjadas para los actos administrativos o para los funcionarios de la administración, se han ido adaptando al derecho parlamentario, al judicial o al internacional.

Por otra parte, el derecho administrativo suministra conceptos que son indispensables para comprender la estructura de otras disciplinas más especializadas, como la Hacienda Pública o Derecho Financiero, el Derecho Tributario, el Derecho Agrario, el Derecho Laboral, el Derecho de Sociedades, el Derecho Penal Contravencional, el Derecho Bancario y lo que con cierta imprecisión ha venido llamándose desde hace algún tiempo como Derecho Económico. Muchas de estas ramas se ubican en una región fronteriza dentro del derecho público y el privado, pues participan de ambos por cuanto se refieren a relaciones particulares más o menos intervenidas o controladas por las autoridades administrativas. De suerte que sería imposible entender, por ejemplo, el derecho laboral sin tener en cuenta la intervención de las autoridades laborales en los contratos de trabajo o en los conflictos colectivos, ni el derecho de sociedades sin considerar a la vez la vigilancia que ejercen las distintas superintendencias sobre las formas societarias. Dichas intervenciones se rigen por el derecho administrativo, por lo menos en lo que concierne a las actuaciones de las autoridades.

Es más, vale la pena observar cómo el modelo de la organización administrativa ha servido de base para el establecimiento de algunas instituciones nuevas dentro de las sociedades comerciales, como por ejemplo, las acciones contra las decisiones de las asambleas de accionistas. Basten las consideraciones precedentes para señalar que en la actualidad no es posible entender y practicar el Derecho si no se conoce adecuadamente el Derecho Administrativo.

Los tratadistas suelen distinguir en el objeto del derecho administrativo dos aspectos: la **administración en sentido subjetivo** y la **administración en sentido objetivo**.

El estudio de la administración en sentido subjetivo comprende lo que podría denominarse como la **estática** administrativa, en la cual se analizan la personalidad jurídica pública, la teoría de los órganos administrativos, la estructura de la administración, la función pública y el patrimonio de las entidades administrativas.

La **dinámica** administrativa, o sea, el estudio de la administración en sentido objetivo, se refiere a la actividad de la administración, a los cometidos o tareas que realiza, a las formas jurídicas que la desarrollan (los actos administrativos, los contratos de la administración, las operaciones y hechos administrativos), a los controles y responsabilidades que pesan sobre ella, así como a las relaciones jurídicas que surgen a propósito de sus actuaciones.

Como se verá más adelante, no puede decirse que estos dos conceptos sean como dos caras de la misma moneda, dado que la administración pública no realiza exclusivamente tareas administrativas ni la función administrativa del Estado se halla completamente en manos de aquélla. En efecto, los órganos administrativos también realizan actividades legislativas y, en menor grado, judiciales. Por otra parte, hay aspectos de la función administrativa que corren a cargo del Congreso y también, en menor grado, de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, hay íntima conexión entre los conceptos subjetivo y objetivo, pues la estructura de la administración obedece a un orden autoritario precisamente porque está orientada hacia la realización de la función administrativa, la cual constituye su tarea principal.

Conviene tener en cuenta que en los Estados Occidentales modernos la separación de poderes no es absoluta, pues ningún poder ejerce una sola función exclusivamente; sin embargo, a cada rama se le asigna una función principal y otras accesorias. Es esa función principal la que sirve de principio ordenador de la estructura de cada rama del poder. Así, la organización del Congreso tiende a adecuarse a la tarea legislativa, aunque eventualmente se le asignen también tareas administrativas o jurisdiccionales. Lo

mismo, la organización judicial busca el mejor ejercicio posible de la función jurisdiccional, aunque también le corresponde alguna participación en la actividad administrativa.

Lo dicho significa que el concepto más importante para iniciar el estudio del derecho administrativo es el de **función administrativa**, la cual sólo puede comprenderse a cabalidad si se la relaciona con las demás funciones estatales. Al análisis de estos conceptos se dedicará el capítulo que sigue, para continuar luego con un estudio más detallado de las **características** y las **fuentes** del derecho administrativo.

El estudio de la **Administración en sentido subjetivo** será tema del Capítulo III. Conviene desde ya señalar que se trata de una estructura diferente del Congreso y de la rama jurisdiccional, es decir, que los órganos y los funcionarios administrativos no se confunden con los congresistas, ni con los tribunales o jueces, que sus actividades gozan de relativa autonomía frente a aquéllos y que los criterios que presiden su organización y funcionamiento son específicos. Habrá que discutir más adelante, en qué medida la Administración es algo diferente del Gobierno o si constituye una mera proyección de éste. Entre ambos, en todo caso, se integra la rama ejecutiva del poder público.

LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. Las Funciones del Estado

Si la función administrativa, concepto fundamental del derecho administrativo, es una función del Estado, para comprenderla hay que precisar previamente **qué** son las funciones estatales, **cuántas** son y **cómo** se diferencian las unas de las otras.

Estas cuestiones han dado lugar a debates, al parecer interminables, dentro de la doctrina jurídica. Son muchas y muy encontradas las diferentes opiniones que existen acerca de estos tópicos, sea por la influencia de prejuicios muy difíciles de desarraigar, o por los distintos puntos de vista desde los cuales se los estudia, o por las finalidades de diverso orden que presiden los análisis que se realizan, o en últimas, por la complejidad de los fenómenos estatales, los que se dan, como dice Jellinek, en la vida y no en la razón abstracta o en la materia muerta, por lo cual las clasificaciones que se hagan de dichos fenómenos no pueden obedecer a criterios lógicos de rigurosa precisión (Jellinek, "Teoría General del Estado", Cecsca, México, 1958, p. 494). No es el caso de distraer la atención para mencionar siquiera las más importantes teorías que se han ideado a propósito de las funciones estatales, para luego enunciar la que se considere correcta. A riesgo de parecer dogmáticos y en aras de la claridad, será preferible orientar la exposición en el sentido que se estima más apropiado, señalando de paso las objeciones más pertinentes acerca de las conclusiones que se vayan sentando.

El concepto de funciones estatales se relaciona con el de actividad del Estado. Puede decirse que las funciones son distintas **manifestaciones** de la actividad del Estado.

La **actividad** del Estado es todo lo que los gobernantes hacen con miras a la realización del **fin** del Estado, que es el bien público temporal. Esa actividad consiste en **tareas** o **cometidos** de distinto orden (sancionar a quienes atenten contra la seguridad pública, defender las fronteras patrias, regular las relaciones entre patronos y trabajadores, educar a los jóvenes, prestar servicios médicos a los enfermos, construir obras públicas, etc.), que pueden cla-

sificarse en los siguientes grupos: a) proveer a la organización jurídica y técnica del Estado; b) reunir los medios suficientes para su funcionamiento y la consecución de sus fines; c) regular el comportamiento de los súbditos y las relaciones con el exterior; d) prestar servicios de distinta índole; e) estimular a los particulares para que realicen tareas de beneficio común (cf. Alessi, "Instituciones de Derecho Administrativo", Bosch Barcelona, 1970, T. II, p. 364).

Las tareas o cometidos, que son actos mediante los cuales se pretende satisfacer las necesidades públicas cuya solución demanda el bien común, se realizan a través de procesos que constan de varias etapas. Son esas etapas o manifestaciones que se dan en la realización de los cometidos lo que constituye la distintas funciones del Estado. La satisfacción de las necesidades públicas no opera en forma inmediata. Todo lo contrario, para llegar a resolver alguna exigencia de la comunidad se requiere un proceso generalmente complicado que va desde la formulación de la exigencia por parte de algún sector de la colectividad, su reconocimiento por parte de alguna autoridad pública, la decisión de dar respuesta a dicha exigencia, la organización de los medios y actividades requeridos para solucionar la demanda y la realización de las operaciones concretas que satisfagan la exigencia formulada, así se refiere ésta a la educación, a la seguridad, a la habitación, al empleo, a la moralidad o a cualquier otra materia que se estime deba ser regulada o administrada por las autoridades estatales.

En el Estado moderno las tareas que se encomiendan a las autoridades son cada vez más variadas y complejas, de manera que resulta prácticamente imposible enumerarlas en su totalidad, no sólo en todos los Estados, en los cuales hay muchas variaciones según la naturaleza de los respectivos regímenes políticos y las características de cada comunidad, sino en cada Estado en particular, por cuanto día a día el proceso político va adjudicándoles nuevas misiones a los gobernantes. Sin embargo, para la realización de esas variadísimas tareas los gobernantes siguen ciertos **procesos** más o menos organizados, más o menos típicos, que configuran etapas, manifestaciones o funciones dentro de la actividad más general de dar satisfacción a las exigencias colectivas y realizar el bien común. Las competencias o poderes de los gobernantes se van especializando según se observó atrás, de acuerdo con las funciones principales que les corresponden a los distintos "órganos" o "ramas del poder" dentro del proceso de la actividad estatal.

Ahora bien, ¿cuáles son esas funciones? ¿Cómo se diferencia cada una de las demás?

La opinión más generalizada hoy en día considera que las funciones del Estado son cuatro: la constituyente, la legislativa, la administrativa y la judicial.

Hay quienes piensan, sin embargo, que deben distinguirse otras funciones, como la gubernativa o política, la electoral y la de contraloría. Otros sostienen que se debe abandonar las categorías jurídicas tradicionales y adoptar una clasificación más acorde con la realidad del proceso político. Por ejemplo, Lowenstein sugiere una nueva división tripartita: la decisión política conformadora o fundamental; la ejecución de la decisión y el control político (Lowenstein, "Teoría de la Constitución", Ariel, Barcelona, 1964, p. 62).

Los norteamericanos Almond y Powell han propuesto una clasificación más compleja que parte de un esquema dinámico del funcionamiento del sistema político, el cual estaría llamado a traducir las demandas, exigencias o apoyos de la comunidad (inputs) en decisiones o actuaciones de diversa índole (outputs), como reglas, servicios, símbolos, etc., a través de las siguientes funciones:

a) Articulación de intereses, o la manera como se formulan las demandas en el sistema;

b) Agregación de intereses o la forma como se comunican las demandas y se proponen alternativas de acción;

c) Función legislativa, que hace relación a la manera como se formulan los mandatos imperativos;

d) Función jurisdiccional, o cómo se adjudican las leyes a los casos particulares;

e) Función ejecutiva, o cómo se aplican y se hacen cumplir las leyes y decisiones autoritarias;

f) Función de comunicación, o sea la forma como toda la variedad de actividades enunciadas se comunican dentro del sistema y entre el sistema político y su ambiente;

g) Funciones de adaptación y mantenimiento del sistema (vid., Roza Acuña, "Análisis Moderno de los Sistemas Políticos", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968, p. 33).

Estas clasificaciones son muy valiosas para los estudios de ciencia política; en cambio su interés para la ciencia jurídica es

menor. En efecto, a la ciencia política le interesa la realidad de los procesos estatales, mientras que el derecho se ocupa de los aspectos normativos de dichos procesos, es decir, de las normas que los regulan y las que se derivan de los mismos procesos. Para este efecto resulta más adecuada la clasificación tradicional de las funciones.

Ahora bien, no es fácil encontrar un criterio indiscutible que sirva para fijar los límites conceptuales entre las diferentes funciones del Estado. La doctrina tradicional ha oscilado entre los criterios **orgánicos** (basados en los órganos que realizan las respectivas funciones), los **formales** (basados en los procedimientos que se utilizan para llevarlos a cabo) y los **materiales** (basados en el grado de generalidad o de concreción de los actos propios de cada función), sin que hasta el momento pueda decirse que alguno de ellos desplace a los demás y brinde completa claridad para la clasificación de las funciones.

En términos generales, la doctrina prefiere los criterios materiales, porque considera que éstos apuntan a la naturaleza misma de las funciones estatales, mientras que los criterios orgánicos y formales se fundan en consideraciones extrínsecas y variables. En efecto un mismo órgano puede realizar funciones muy diferentes; igualmente, un mismo procedimiento puede servir para producir actuaciones de muy diverso contenido. Por otra parte, es posible que haya Estados en los cuales las distinciones orgánicas o procedimentales no sean muy claras. Sin embargo, estas consideraciones subjetivas o extrínsecas pueden revestir importancia en cuanto sirvan para indicar diferencias de fuerza jurídica, o sea, de posición dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico entre los actos estatales. Así, actos con el mismo grado de generalidad, como una disposición constitucional, una ley o un reglamento, pueden tener fuerza jurídica diferente según provengan de un Órgano Constituyente, del Parlamento o del Gobierno, o hayan sufrido procedimientos distintos para su expedición.

Este ejemplo sirve para demostrar que la clasificación material de las funciones estatales, formulada con base en la mayor o menor generalidad de su contenido, no da una imagen exacta de la diferente posición que puede corresponderles dentro de la jerarquía del ordenamiento a actos cuyos contenido sea idéntico. O sea, que más que el contenido, se deben tener en cuenta las relaciones de superioridad o de subordinación que pueden darse entre

los actos estatales. En el ejemplo propuesto, lo que permite calificar a una norma como constitucional, como legal o como reglamentaria, según el caso, no es su contenido, el cual puede ser idéntico, sino la circunstancia de que la norma constitucional tiene una jerarquía superior, que la legal es resultado de un poder de iniciativa fundado en aquélla y que la reglamentaria está subordinada a la legal.

Esta discusión tiene importancia teórica, pues de ella dependen la determinación de los objetos del derecho constitucional y del administrativo; además genera consecuencias prácticas notables, ya que de ahí se deducen los campos de acción, o sea, las competencias de los órganos constituyentes, los legislativos, los judiciales y los administrativos. Tales órganos, según se anotó atrás, conforme a la doctrina de la separación de poderes, tienen asignadas funciones principales, que corresponden a su competencia ordinaria, y funciones excepcionales que sólo por mención expresa del ordenamiento les están atribuidas.

Significa lo anterior que una clasificación jurídica de las funciones del Estado debe tener en cuenta la fuerza normativa y la ubicación que en consecuencia les corresponde dentro del ordenamiento a los actos propios de cada función.

Y si las funciones del Estado son etapas que se dan dentro del proceso de la actividad estatal, su clasificación no puede dejar a un lado la posición de cada una de ellas dentro de dicho proceso. O sea, que los actos iniciales del proceso no pueden clasificarse dentro de la misma categoría que los intermedios y los finales.

Dos son pues los criterios principales que se deben tener en cuenta para la clasificación de las funciones: a) un criterio de **jerarquía**, que permita diferenciar la fuerza jurídica de los actos estatales, de acuerdo a su posición dentro de la estructura del ordenamiento; b) un criterio **dinámico** que permita reconocer la función que cada clase de actos cumpla dentro del proceso de la actividad estatal.

De acuerdo con el primer criterio, el orden jerárquico en escala descendente estará conformado por los actos propios de las funciones constituyente, legislativa, jurisdiccional y administrativa. En efecto, las normas fundamentales integran la Constitución; luego siguen las leyes, que deben ser obedecidas y desarrolladas tanto por los actos de la administración como por los jurisdiccio-

nales. Y éstos prevalecen sobre aquéllos, puesto que pueden anularlos o suspenderlos, a la vez que no pueden ser desconocidos por los actos de administración.

Conforme al segundo criterio, los actos propios de la función constituyente deberán ser actos de organización, de fundamentación; los de la función legislativa serán actos de decisión sobre los cometidos estatales; los de la función administrativa serán de realización práctica de dichos cometidos y los de la función judicial serán de control jurídico y aplicación definitiva de las normas de derecho.

Estos criterios obedecen a la realidad estatal en cuanto ésta muestra que el orden jurídico está estructurado jerárquicamente y es además un orden dinámico que se crea para la satisfacción de las necesidades colectivas.

Sin embargo, volviendo sobre los conceptos de Jellinek que se citaron atrás, estos criterios solamente pueden dar una idea aproximada de las distintas manifestaciones de la actividad estatal; por consiguiente es inevitable que se presenten incongruencias en su aplicación y casos dudosos en los que no se sepa con claridad dentro de qué función ubicarlos. A veces, será necesario tener en cuenta otros criterios, de orden histórico o práctico. Como se verá después, la diferencia entre la función jurisdiccional y la administrativa radica sobre todo en consideraciones propias de los regímenes liberales. Y la diferencia entre las normas constitucionales y las legales frecuentemente se desprende del valor que en determinado momento histórico les otorga a aquéllas la comunidad. Por ejemplo, son ante todo consideraciones de orden histórico las que en Inglaterra permiten distinguir los textos constitucionales de los legales.

2. La Función Constituyente

A la función constituyente le corresponde la creación de las normas constitucionales, que son aquellas sobre las cuales reposa la validez del ordenamiento jurídico y por eso se las conoce también como normas fundamentales.

El carácter fundamental de la Constitución significa que ella se destaca dentro del ordenamiento estatal, por cuanto sirve de fundamento de la validez de las restantes normas jurídicas y, además, porque toda la actividad del Estado debe ceñirse al contenido constitucional.

Desde este punto de vista, todo Estado tiene Constitución. En efecto, en todo ordenamiento estatal hay una jerarquía de normas que forman una estructura fundada en el principio de validez. Son las normas constitucionales las que definen dicho principio de validez o de legitimidad y sientan las bases de la estructura jurídica que le dan a ésta su fisonomía específica.

Siguiendo al profesor Sánchez Agesta, a la Constitución, concebida como el derecho fundamental que define un régimen político, le corresponde:

- a) Fijar el principio o principios que sirven de criterio del orden, o sea, los fundamentos de legitimidad del régimen;
- b) Una ordenación de las instituciones de gobierno en sentido estricto, o más simplemente la atribución del poder a uno o más órganos, cuya estructura, competencias y equilibrio se definen; y 536685 01pa
- c) Definir un orden económico y social que comprende aquellas instituciones en que se basa el orden mismo de la comunidad, familia, propiedad, economía, grupos profesionales, económicos o políticos y los derechos individuales y sociales, mediante los que esas instituciones desenvuelven su vida (Sánchez Agesta, "Derecho Constitucional Comparado". Editora Nacional, Madrid, 1971, Cap. II).

En la mayoría de los Estados es frecuente que las normas constitucionales consten en documentos cuya expedición o reforma se someten a formalidades especiales y más rigurosas que las previstas para la legislación ordinaria. Así mismo, a las normas contenidas en tales documentos suele rodeárselas de procedimientos que buscan amparar su inviolabilidad, o sea, su supremacía dentro del ordenamiento.

De ahí surge el concepto **formal** de constitución, el cual sin embargo, no es adecuado en todos los casos, pues hay países que no lo siguen, como es el caso de Inglaterra, y aún en los países que lo observan en principio pueden darse situaciones excepcionales en que dicho concepto no sea acogido. Por ejemplo, en nuestro país la reforma constitucional de 1957 no tuvo en cuenta los requisitos formales previstos por la Constitución de 1886 para su modificación; es más, la propia Constitución de 1886 se expidió sin consideración a las normas de la Carta de 1863 sobre revisión constitucional, las cuales, por otra parte, hacían ésta prácticamente imposible.

Los criterios formales deben complementarse con otros, para poder obtener así un concepto más ajustado a la realidad constitucional. La doctrina, según se observó atrás, es muy favorable a los criterios materiales, según los cuales la Constitución se definiría ante todo por su contenido. Un ejemplo de estos criterios se encuentra en el concepto de Sánchez Agesta que se acaba de citar.

Evidentemente hay muchas disposiciones cuyo contenido es necesariamente de orden constitucional, por tratarse de un contenido fundamental. Pero no siempre es fácil distinguir cuándo una norma es fundamental y cuándo es derivada de otra. No basta con afirmar que las normas relativas al poder político en cualquiera de sus aspectos (titularidad, adquisición, estructuras, ejercicio, limitaciones, duración, etc.) son fundamentales, pues es posible encontrar esas normas en distintos niveles dentro de la jerarquía del ordenamiento. Por ejemplo, las normas sobre el funcionamiento del Congreso, o sobre el régimen electoral, o sobre la organización territorial, se hallan diseminadas en el texto constitucional y en la legislación ordinaria. Luego, no es posible catalogar su jerarquía con base en el contenido, ni siquiera diciendo que en la Constitución se encuentran las normas más importantes y en la ley las de desarrollo, ya que a veces sucede que en el texto constitucional se encuentran normas de escasa trascendencia para la comprensión del régimen político, mientras que en la ley puede haber disposiciones de contenido muy significativo.

No es extraño entonces, según se observó atrás, que para obtener un concepto realista de la Constitución se tengan que utilizar criterios **empíricos**, según los cuales el carácter fundamental de un texto o de una costumbre jurídica solamente pueda colegirse de la consideración especialmente destacada que le otorgue la comunidad en un momento dado, cualquiera sea su fuente o su contenido.

De todas maneras, sea que a la Constitución se la reconozca por su forma, o por su contenido, o por la valoración colectiva, su rasgo más esencial consiste en que ella es un conjunto de normas fundamentales que, valga la redundancia, sirven para "constituir" la estructura básica del Estado.

3. La Función Legislativa

A la función consitutuyente le corresponde, por así decirlo, una fase estática: la organización de la comunidad política. Las demás

funciones tienen en cambio un sentido dinámico, pues se inscriben dentro del proceso de la actividad estatal.

Una vez organizado el Estado en lo que atañe a sus aspectos básicos, la primera función que lógicamente se debe cumplir consiste en decidir acerca del contenido de la actividad estatal, éstos es, de las tareas o cometidos cuya realización ha de asignarse a los gobernantes.

Se vió atrás que los cometidos fundamentales del Estado consisten en proveer a su propia organización y dotación, en regular el comportamiento de los súbditos y las relaciones con el exterior, en prestar servicios a la comunidad y en promover o estimular a los súbditos para que éstos realicen actividades de beneficio común.

En cada Estado, conforme a las necesidades de su población, a su idiosincrasia, a las tendencias políticas predominantes, etc., se le dará mayor importancia a unos de éstos cometidos que a otros; así mismo, puede haber distintas orientaciones acerca del sentido o de las formas como se realizarán dichos cometidos. Así, la tarea de organizar concretamente el aparato estatal puede dar lugar al establecimiento de diferentes sistemas administrativos; la dotación del Estado da pie para implantar gravámenes y sistemas de financiación de varia índole; la regulación de la actividad de los súbditos se realiza a través de la expedición de normas civiles, penales, laborales, comerciales, etc.; la prestación de servicios se concreta en la construcción de obras públicas, en el establecimiento de hospitales, de escuelas, de centrales hidroeléctricas, etc.; la promoción de la actividad privada puede manifestarse en el otorgamiento de subsidios, de asistencia técnica, de préstamos, etc.

Pues bien, la decisión sobre los cometidos concretos que le corresponde realizar a los gobernantes es materia de la función legislativa. De acuerdo con esto, **el aspecto más importante de la ley es su contenido, que consiste en definir las materias sobre las cuales pueden actuar los gobernantes.**

Este contenido le da una especial jerarquía a la ley, pues la actividad concreta de los gobernantes encuentra en ella su fundamento y sus límites. De ahí que sea frecuente en la doctrina la caracterización de **la ley como acto que se funda inmediatamente en la Constitución** y que solo a ésta debe someterse. Hay mucho de cierto en este concepto, pues la ley tiene una fuerza jurídica supe-

rior a los demás actos estatales, excluida obviamente la Constitución, y puede modificar todo el ordenamiento legal preexistente. Sin embargo, no es un concepto exacto porque hay leyes que tienen fundamento **mediato** en la Constitución, como las que se dictan a través de decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias, las cuales se fundan primero en las respectivas leyes de facultades y luego en la Constitución; por otra parte, hay actos estatales con fundamento inmediato en la Constitución que no pueden catalogarse como leyes, como el nombramiento de Ministros que efectúa el Presidente o la conservación del orden público que a él mismo corresponde, pues a través de estos actos no se decide sobre cometidos estatales sino que se entra a desarrollarlos.

Como la legislación traza los cometidos gubernamentales, lo más razonable es que lo haga a través de prescripciones de carácter general. De ahí que la gran mayoría de los autores señale como característica esencial de la ley, la **generalidad** de su contenido. En efecto, desde el punto de vista ideológico, la generalidad de la decisión legislativa es garantía de la igualdad, por cuanto de ahí no se derivarán privilegios jurídicos para unos, ni cargas o limitaciones especiales para otros. Y, desde el punto de vista práctico, no se justifica realizar el esfuerzo legislativo para cada caso concreto sino que es preferible cubrir con una sola decisión una multitud de situaciones análogas, actuales o futuras. Por estas razones puede considerarse que en los Estados modernos en principio la actividad gubernamental sigue un proceso que va de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, y que las funciones, por lo tanto, podrían clasificarse de acuerdo al grado de generalidad o de concreción de los actos respectivos.

Sin embargo, esta apreciación sólo puede sostenerse parcialmente porque no todas las leyes tienen carácter general, ni todos los actos generales son de orden legislativo.

En nuestro derecho positivo la generalidad del contenido sólo se exige para las leyes que decreten gratificaciones, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones, salvo algunas excepciones constitucionales (art. 78, N° 5° C. N.), las que establezcan prohibiciones (art. 78, N° 6° C. N.), las leyes marcos y las orgánicas (art. 76, Nos. 3°, 4°, 9°, 22° C. N.), y las que decreten amnistías o indultos (art. 76 N° 19° C. N.). Sin embargo, puede haber varios grados de generalidad y resulta difícil, por consiguiente, determinar en qué punto pierde la ley esa característica, ya que hay leyes apli-

cables a determinados territorios o que beneficien o graven a sectores específicos de la comunidad. Las leyes fiscales, las leyes de fomento y, en general, las leyes de intervención en la economía, así como las de servicios o de obras públicas, tienen un contenido cada vez más específico, si bien no se llega hasta el extremo de destinarlas a personas o a grupos individualizados.

Por otra parte, la generalidad es nota común de las normas constitucionales, las legales y las reglamentarias; sin embargo, no puede decirse que todas ellas sean de la misma naturaleza, pues la fuerza jurídica y la función que cumplen en la actividad estatal son diferentes en cada una de tales categorías. Las normas constitucionales ocupan el primer lugar dentro del ordenamiento jurídico y su función es, según se anotó, constituir el Estado; las normas legales están inmediatamente subordinadas a las constitucionales y definen específicamente los cometidos estatales; los reglamentos deben ceñirse a las leyes y su función es facilitar la aplicación de éstas. No puede sostenerse entonces, como se hace frecuentemente, que los reglamentos son de naturaleza legislativa, pues aunque también son generales como la mayoría de las leyes, carecen de la fuerza jurídica y el poder de iniciativa de éstas.

Por lo dicho, el concepto de ley en sentido material, muy utilizado en la doctrina, no apunta a la verdadera naturaleza de la ley que es ser un acto de iniciativa política más que una norma de alcance general.

La importancia que tienen las decisiones legislativas para la vida del Estado, puesto que son las que determinan el contenido y la orientación de sus intervenciones en la sociedad, hace que en los Estados modernos la legislación frecuentemente sea encomendada a órganos **representativos y deliberantes**, como los Congresos o Parlamentos.

De acuerdo con la tradición liberal la ley debe expedirse por autoridades elegidas de acuerdo con el principio representativo, ya que dicha tradición la concibe como la fuente primaria de la regla de derecho que va a limitar la libertad de las personas y debe, en consecuencia, ser consentida por éstas. Por otra parte, la ley debe ser fruto de la deliberación, pues mediante ella se toman decisiones que afectan a toda la comunidad y se requiere en consecuencia que en su elaboración participen representantes de los distintos sectores sociales.

Estas características hacen que la ley sea frecuentemente producto de la actividad parlamentaria que se realiza a través de procedimientos preestablecidos con miras precisamente a la deliberación. De ahí ha surgido el concepto **legislación en sentido formal**, que concibe a la ley como un acto producido conforme al procedimiento legislativo. Pero este concepto formal es inexacto porque la función legislativa no es tarea exclusiva de los Parlamentarios sino que en buena medida la ejercen también los Gobiernos. En Francia por ejemplo, después de 1958 el ámbito de la ley **formal** se circunscribe sólo a determinadas materias, mientras que las restantes son reguladas por el Gobierno. En nuestro país la competencia legislativa aún radica en principio en el Congreso, pero también la ejerce parcialmente el Gobierno a través de Decretos Extraordinarios, Decretos Legislativos y Reglamentos Autónomos. Por otra parte, no todas las decisiones que se toman a través del procedimiento parlamentario tienen contenido legislativo (v. gr: leyes aprobatorias de contratos).

Otra caracterización frecuente de la ley consiste en decir que ésta debe contener una **regla de derecho** que produzca facultades y deberes subjetivos (cfr. Barthelemy-Duez, "Droit Constitutionnel", Dalloz, París, 1926, p. 560).

Por eso suele decirse que la ley de presupuesto no es verdadera ley, por cuanto sólo contiene autorizaciones de gasto para las autoridades administrativas y no contempla derechos ni deberes de los súbditos. Sin embargo, ésta es una concepción muy estrecha del papel de la ley y, en último término, de la actividad estatal, la cual no es solamente actividad jurídica de creación y aplicación de normas, sino también actividad de organización, de creación y prestación de servicios. La iniciativa en la creación de servicios, en su organización y dotación financiera y administrativa y en la reglamentación de su funcionamiento también es de alcurnia legal. Por eso la tradición política occidental ha pretendido dejar en manos del Parlamento no sólo la limitación de las libertades sino la financiación y la destinación de los ingresos públicos, es decir, en el fondo, la decisión sobre los servicios a prestar por parte del Estado.

El análisis que se viene haciendo acerca de los distintos conceptos de ley que se utilizan en la doctrina, muestra el carácter parcial de la mayoría de ellos y confirma el criterio inicialmente expuesto de que lo más importante en la definición de la ley son

el poder de iniciativa que ella traduce y la fuerza jurídica que de dicho poder se desprende. En apoyo de esta tesis conviene citar lo que al respecto dice el notable tratadista italiano Renato Alessi:

"Desde un punto de vista más propiamente jurídico, debe afirmarse que **legislación** es la emanación de actos de producción jurídica (de producción, es decir, de modificación en relación a una situación jurídica dada) **primarios**, o lo que es lo mismo, fundados única y directamente en el poder soberano, del que constituyen directo y primario ejercicio. La ley es, por lo tanto, no sólo una **innovación** en el mundo jurídico (ya que en esencia y bajo un cierto perfil constituyen también innovaciones el acto administrativo, la sentencia y el propio negocio jurídico privado), sino, además, una **innovación primaria**, como ejercicio directo o inmediato del poder soberano del Estado. Mediante la ley, el Estado regula relaciones permaneciendo por **encima y al margen** de las mismas" (Alessi, op. cit., T. I., p. 7).

Hay algunos conceptos de Alessi que merecen glosarse, pero en lo esencial parece acertada su apreciación acerca de la naturaleza de la ley, la cual se acerca mucho a la que hace años formulaba Carré de Malberg en su Teoría General del Estado.

4. La Función Jurisdiccional

A la función legislativa le corresponde la toma de decisiones que impulsan la actividad estatal. Las restantes funciones llevan a la práctica las decisiones legislativas y son por consiguiente funciones de ejecución. En esto se asemejan las funciones jurisdiccional y administrativa. Sin embargo, estas dos funciones ejecutan o aplican la ley de manera muy diferente.

Como su nombre lo indica, a la jurisdicción le corresponde "decir el derecho", esto es, constatar la existencia de la norma jurídica, señalar su alcance y decidir su aplicabilidad a casos concretos, con fuerza de "verdad legal" que da base entonces para otorgarles a sus decisiones la autoridad de la "cosa juzgada". Como suelen decir los procesalistas, la decisión judicial definitiva hace de lo blanco negro y de lo negro blanco, o sea, define de manera indiscutible cuál es el derecho en relación con una situación dada.

Esa es la característica más notable de la ejecución jurisdiccional de la ley: su fuerza de verdad legal, de cosa juzgada.

Muchos doctrinantes consideran que también es característica esencial de la función jurisdiccional, además del efecto de cosa juzgada de los actos que la desarrollan, el aplicarse a controversias o conflictos. Por ejemplo, dice Gordillo: "desde el punto de vista material o sustancial, podemos considerar a la función jurisdiccional como la decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes" (Gordillo, "Introducción al Derecho Administrativo", Abeledo - Perrot, Bs. Aires, 1966, p. 95). En el mismo sentido se expresa Sayagués Laso (Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1959, T. I., p. 47).

Juan Francisco Linares va más lejos, pues define la función jurisdiccional con base en su aplicación a situaciones contenciosas y sostiene que el efecto de cosa juzgada no es de rigor en esta función "pues también los actos de administración activa producen un efecto, en el sentido de que tienen cierta estabilidad por no ser revocables, en determinadas circunstancias, sin indemnización, o sin incurrir en acto irregular invalidable" (Linares, J. F. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Artrea, Bs. Aires, 1975, p. 50 - 55). Dice pues lo siguiente: "Entendemos por jurisdicción la función estatal de ejecutar el orden jurídico mediante actos unilaterales de alcance individual que deciden situaciones contenciosas en casos concretos, por los que se particularizan para el caso cualesquiera de los contenidos de normas jurídicas" (Linares, Op. cit., p. 50).

La decisión de controversias a través de la aplicación de normas jurídicas a casos concretos es ciertamente uno de los aspectos fundamentales de la jurisdicción. Pero ésta se aplica además en los casos de imposición de sanciones y en los casos en que sea necesario definir algún punto de derecho, aún no estando en la hipótesis de conflicto, pero siempre con carácter de verdad legal.

En la aplicación de sanciones puede no haber controversia; el reo puede estar dispuesto a que se le imponga la sanción que corresponda, pero siempre será necesario definir cuál debe ser esa sanción. Así mismo, hay casos que van a los Tribunales no propiamente porque haya controversia al respecto sino para evitarla; por ejemplo, las sucesiones y los negocios de jurisdicción voluntaria, en los cuales los jueces definen situaciones jurídicas con fuerza de verdad legal.

Se sigue de lo anterior que la función jurisdiccional no ejecuta o aplica la ley en todos los casos sino solamente en las hipó-

tesis mencionadas (solución de conflictos, aplicación de sanciones, definición de situaciones jurídicas) cuando sea necesario "decir el derecho" con carácter de cosa juzgada.

Esta última nota es fundamental para distinguir la función jurisdiccional de la administrativa pues como dice Sayagués, "establece un límite claro y preciso" entre ambas (Sayagués, op. cit., p. 47). Ciertamente, en pura teoría la jurisdicción no se diferencia esencialmente de la administración y puede concebirse como una forma de ésta; sin embargo, la distinción tiene que mantenerse porque en los Estados liberales rige el dogma de la separación de funciones, con especial énfasis en la independencia de la jurisdicción como garantía necesaria de la libertad personal. Ahora bien, la diferenciación de estas funciones no puede hacerse con base en la materialidad o el contenido de los actos correspondientes, porque también a la administración le toca como aspecto normal de la puesta en práctica de la ley, la solución de controversias, la aplicación de sanciones o la definición de situaciones jurídicas, pero sin que sus decisiones en estos asuntos puedan tener carácter indiscutible y definitivo, dado que es posible revisarlas posteriormente, desde luego con ciertos requisitos puestos en orden a preservar la estabilidad de las decisiones administrativas y la seguridad jurídica. (Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Octubre 20/69 sobre el D. 3161/68).

Por ejemplo, las autoridades laborales toman decisiones de diversa índole en la solución de los conflictos de trabajo; las autoridades de policía aplican sanciones; las autoridades administrativas de todo orden, al aplicar la ley a casos concretos, tienen que interpretarla y reconocer las situaciones jurídicas que se someten a su decisión. Un funcionario de impuestos al liquidar un tributo está definiendo la situación jurídica de un contribuyente; un funcionario aduanero que afora una mercancía y decide su entrega al interesado, también define por ello situaciones jurídicas. Y así sucesivamente...

La diferencia necesaria entre estas decisiones y las judiciales reside en que éstas tienen vocación definitiva, en tanto que la estabilidad de aquéllas es más o menos precaria. Por eso dice Gordillo: "El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser **definitiva**, y además que sea producida precisamente por un órgano imparcial e independiente; así lo exige el artículo 18 de la Constitución (Argentina) cuando expresa

que es inviolable la defensa **en juicio** de la persona y de los derechos, y lo reafirma el artículo 95 de la misma, en cuanto prohíbe al Poder Ejecutivo "ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". Sería inconstitucional, a la luz de estas normas, querer atribuir a la Administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin posibilidad de que éstos recurran ante la justicia. El particular puede renunciar, si quiere, a plantear la cuestión ante la justicia, pero ello no altera la naturaleza de la actividad desarrollada en tal caso por la Administración, que sigue siendo típicamente actividad administrativa, sin participar del régimen jurídico de la función jurisdiccional" (Gordillo, op. cit., p. 95).

Estas observaciones son pertinentes también en nuestro derecho positivo, pues el artículo 61 de la Constitución, al disponer que "ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar", está señalando que hay diferencias esenciales entre lo político o civil (léase: administrativo), lo judicial y lo militar. Esas diferencias no pueden reducirse a la denominación de las autoridades, pues la garantía constitucional perdería entonces su sentido y se reduciría a un simple enunciado formal, sino que apuntan al fondo o contenido de las funciones respectivas, las cuales son separadas, según lo manda el artículo 55 C. N.

El artículo 18 de la Constitución Argentina que cita Gordillo tiene su correlato en el artículo 26 de la nuestra, según el cual "nadie podrá ser **juzgado** sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada **juicio**" (las subrayas no son textuales).

Se sigue de ahí que violan la independencia de las autoridades judiciales y la garantía de la separación de la función jurisdiccional, reconocidas paladinamente por la Constitución, las normas que asignan competencia a los funcionarios administrativos para resolver sobre conflictos, sanciones o situaciones jurídicas, sin que haya posibilidad de controvertir posteriormente dichas decisiones ante los jueces.

Por eso es criticable la disposición del numeral 2º del Artículo 73 C. C. A., según el cual no son revisables por el contencioso-administrativo "las resoluciones que se dicten en los juicios de po-

licía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales", actos que según la jurisprudencia y la doctrina nacionales dizque tienen carácter de verdaderas decisiones judiciales. Si lo tienen, no pueden asignarse a autoridades administrativas.

En realidad, como se viene diciendo, el carácter judicial de tales decisiones no se deriva de su contenido sino de la fuerza jurídica que les asigna el texto citado al hacer que varios de ellos sean irrevisables ante las autoridades judiciales. Hay algunas, como las sentencias en juicios de policía civil, que no producen efectos de cosa juzgada y pueden ser objeto de controversia en procesos judiciales posteriores.

Igual observación cabe acerca del art. 5º de la ley 45/46, según el cual "las disposiciones de carácter transitorio que se dicten por autoridades de higiene, para evitar la propagación de enfermedades y remediar calamidades públicas, tendrán el carácter de medidas de policía y por consiguiente no estarán sujetas a recurso alguno administrativo o contencioso-administrativo".

También es discutible la regla del numeral 3º del art. 73 C. C. A. que declara irrevisables por el contencioso "las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes", por razones análogas.

Estas consideraciones no se refieren al caso de que la decisión administrativa sea irrevisable porque transcurrieron los términos legales para impugnarla, pues el hecho de dejar vencer esos términos puede interpretarse como una aceptación tácita de la juridicidad de la decisión por parte de los afectados. La decisión se hace definitiva no por su propio contenido, el cual en principio estaba expuesto a la controversia judicial, sino por la admisión expresa o tácita de los afectados.

5. La Función Administrativa

El deslinde que viene haciéndose entre las funciones estatales es indispensable para efectos del derecho administrativo porque la función administrativa le corresponde, por así decirlo, un contenido residual, ésto es, todo aquello que no sea materia constitucional, legislativa y judicial; o sea que, definiendo aquellas fun-

ciones con claridad, se despeja al menos desde un punto de vista negativo la vía para definir la función administrativa. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, salvo las excepciones consagradas en la Constitución, a las autoridades administrativas no se les pueden otorgar competencias legislativas ni jurisdiccionales, lo cual significa que por regla general la asignación de poderes de iniciativa en la formación del Derecho, en la creación de servicios, o de decisión definitiva en cuestiones jurídicas, a dichas autoridades es contraria al orden jurídico.

Pero no puede definirse la función administrativa por lo que no es; más bien, sin violar la competencia de las demás funciones, debe procurarse una definición positiva que tenga en cuenta su naturaleza. Desde luego, esta no es tarea fácil y por ello muchos juristas se han apuntado a la noción negativa o residual que es mucho más cómoda. Por ejemplo, Waline dice que "la administración es el conjunto de organismos del Estado que no tienen la calidad de autoridades legislativas ni de autoridades jurisdiccionales, es decir, que no son ni el Parlamento ni los Jueces. Es, por otra parte, la actividad de esas personas y organismos" (Waline, "Droit Administratif", Sirey, París, 1963, p. 4).

Una definición positiva de la Administración puede partir de compararla con la legislación y la jurisdicción. Mientras que a éstas les corresponde formular y constatar el Derecho, esto es, realizar tareas netamente jurídicas y abstractas, a la administración le toca llevar a la práctica la formulación jurídica y dar respuesta concreta a las exigencias sociales reconocidas como relevantes por el legislador.

No significa ello que la administración no realice funciones jurídicas, pues también a su manera crea derecho o constata su contenido, pero siempre lo hace con miras a la aplicación concreta de los fines del Estado.

Dos son las características que la doctrina más moderna resalta en la función administrativa: su carácter práctico y la heterogeneidad de su contenido.

Así, Sayagués, en una definición difícilmente superable, dice que la función administrativa es "la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos —que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición— y operaciones materiales" (Sayagués, op. cit., T. I., p. 46).

La finalidad de la función administrativa, elemento sustancial de su definición, consiste en poner en práctica los cometidos estatales formulados por la legislación. Por eso dice Diego Tobón que "corresponde a la función administrativa la actividad constante que el Estado desarrolla para la obtención de sus fines esenciales", entendiendo por tal "la que se realiza día a día, hora a hora, minuto a minuto, sin interrupción alguna, en la prestación de los servicios sociales y en la lucha porque la ley se cumpla" (Tobón, Diego "Principios Fundamentales del Derecho Administrativo", Tipografía Industrial, Medellín, 1939, p. 59). En el mismo sentido se expresa Zanobini: la administración es "la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines" (Zanobini, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Arayú, Bs. Aires, 1954, T. I., p. 21).

La función administrativa ha ganado cada día mayor importancia por el incremento del intervencionismo estatal. De ahí que muchos autores ligen estos dos conceptos y señalen que a la función administrativa le corresponde asegurar las múltiples intervenciones del Estado en la vida social. La decisión sobre cuáles áreas de la vida social van a ser intervenidas por los gobernantes y en qué sentido, es del resorte legislativo; el asegurar que dichas intervenciones se realicen es tarea propia de la administración (vid: De Laubadère, "Manuel de Droit Administratif", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1969, p. 5; Vidal Perdomo, Jaime "Derecho Administrativo", Universidad de los Andes, Bogotá, 1975, p. 2).

Otros aspectos a tener en cuenta en la función administrativa y que tienen que ver con su carácter práctico, se refieren a la variedad de poderes y de medios de que disponen las autoridades administrativas para realizar sus cometidos. En efecto, la tarea de aplicar las leyes no es mecánica o automática, es decir, no basta para realizarla en todos los casos el constatar la existencia de una situación de hecho, comparándola con la hipótesis prevista en la norma, para después aplicar la consecuencia jurídica correspondiente, pues hay situaciones en las que el ejecutivo puede adaptar la norma general a las circunstancias concretas y dispone, por autorización de la propia ley, de iniciativa para impulsar las actividades que considere más importantes o para tomar las decisiones más aconsejables. Más adelante se explicará en de-

talle como a pesar de que el fundamento de la tarea administrativa se encuentra siempre en la Constitución o la Ley, éstas pueden ligar al ejecutor de maneras muy diferentes, otorgándole una competencia **reglada**, que le deja muy poca iniciativa, o competencias **discrecionales**, que señalan diferentes alternativas a elección de la autoridad administrativa. O sea que las leyes a veces imponen deberes estrictos a cumplir por los funcionarios, mientras que en otras les confieren autorizaciones más o menos amplias para desarrollar las iniciativas legales.

La amplitud de ciertas competencias otorgadas por la Constitución o las leyes y el hecho de que las autoridades ejecutivas realicen tareas de coordinación de los poderes públicos, de impulsión de la actividad estatal en su conjunto o de representación de la personalidad jurídica del Estado, han llevado a muchos a sostener que la función administrativa no puede definirse con base en el concepto de ejecución o aplicación de las leyes o que, de mantenerse este criterio, sería necesario encuadrar cometidos como los que acaban de enunciarse dentro de una categoría diferente de la legislación, la administración y la jurisdicción. (cfr. García Oviedo "Derecho Administrativo", EISA, Madrid, 1962, T. I., p. 34). Esta consideración ha dado base para sostener la existencia de la función **gubernamental** o **política** cuyo ejercicio correspondería también al poder ejecutivo. Más adelante, en apartado especial, se examinará esta cuestión.

Los medios de que dispone la Administración para aplicar o desarrollar la ley son muy variados pero pueden clasificarse en dos grandes categorías: actos jurídicos y operaciones materiales.

Gran parte de la actividad administrativa es actividad jurídica tendiente a producir efectos normativos: crear, modificar o extinguir relaciones de derecho. Es lo que hacen los funcionarios cuando expiden reglamentos, dictan órdenes, imponen prohibiciones o conceden autorizaciones. Frecuentemente esta actividad jurídica se desenvuelve a través de **actos administrativos** que surten efectos por la sola voluntad administrativa y vinculan en forma heterónoma a los funcionarios o a los particulares; otras veces la administración utiliza el procedimiento jurídico del **contrato** en el cual los efectos normativos para las partes surgen del curso de las voluntades de ambas. A veces la ley le impone a la Administración el medio jurídico que debe utilizar en determi-

nadas circunstancias; otras la Administración puede elegir el medio que considere más conveniente de acuerdo con las circunstancias del caso.

Otro aspecto de la actividad administrativa lo constituyen las operaciones materiales que son actividades prácticas y concretas cuya misión no es modificar las situaciones jurídicas sino hacerlas efectivas en la realidad. Son parte de esta categoría todos los actos de prestación concreta de los servicios estatales, o la construcción de obras, o la aplicación material de sanciones, etc. También en esta categoría se puede distinguir entre la actividad reglada y la discrecional, pues hay operaciones materiales que son consecuencia obligada de una situación jurídica, como cuando se debe aplicar una sanción dispuesta por orden administrativa o judicial, en tanto que en otras operaciones la administración puede tener iniciativa propia. Tal sucede con las obras públicas o con la prestación de servicios, casos en los cuales los funcionarios gozan de cierta discrecionalidad técnica para decidir en qué sentido la obra o el servicio resultan más eficientes, más económicos o más ajustados a las exigencias de la técnica. Es obvio que la ley que autoriza la construcción de una carretera no llega hasta prever el diseño de la vía o sus especificaciones técnicas.

Vale la pena comparar el procedimiento de la actividad administrativa, que es muy variado para poderse adaptar a la diversidad de situaciones concretas, con los procedimientos legislativos y judiciales, los cuales son muy formalistas y culminan, los primeros, con la ley, y los segundos, con sentencias o autos definitivos.

El carácter práctico de la función administrativa y la variedad de actividades que ésta realiza deben ponerse muy de presente, por cuanto hay un sector muy extendido de tratadistas de derecho administrativo que considera que lo típico de esta función aparece solamente en los actos concretos de ejecución, dejando por fuera los reglamentos administrativos, los cuales también son propios de la función administrativa, así su alcance sea general. Más adelante habrá oportunidad de explicar por qué los reglamentos son de naturaleza administrativa y cuáles son las diferencias esenciales que los separan de las leyes y de los decretos con fuerza de ley. Por lo pronto debe hacerse hincapié en que la actividad administrativa incluye no sólo la ejecución última de los cometidos estatales sino también y de modo principal, aspectos de organización y disposición de medios para realizar dichos cometidos (cfr. García Oviedo, op. cit., T. I., ps. 49, 58).

6. Nociones de Técnica Jurídica

La definición de Sayagués Laso sobre la función administrativa que se acoge en este curso, hace hincapié en la variedad de actos jurídicos que se producen en ejercicio de la función: actos reglamentarios, actos subjetivos y actos condición.

Esta clasificación de los actos jurídicos, elaborada desde hace años por los juristas franceses con base en las situaciones jurídicas producidas por aquéllos, es muy útil para entender la técnica del derecho administrativo. También es aplicable al derecho privado, pero en éste no ha tenido pareja acogida.

Las situaciones jurídicas en que suelen encontrarse los individuos pueden ser de dos clases, según De Laubadére:

“a) Situaciones **generales e impersonales** (u **objetivas**). Son aquellas cuyo contenido es el mismo para una misma categoría de individuos; así, en derecho privado, la situación del hombre casado, y en derecho público, la situación de un alcalde municipal, son de este tipo porque los poderes y obligaciones de todos los casados, de todos los alcaldes son idénticos. Esta identidad resulta de que esas situaciones se determinan por las leyes o los reglamentos (en estos casos concretos, por el Código Civil o la ley municipal); también se las llama frecuentemente **situaciones legales o reglamentarias**...

“Una segunda característica de estas situaciones consiste en que ellas pueden ser modificadas en cualquier momento por la ley o el reglamento, así hayan sido atribuidas concretamente a un titular; si la ley modifica los deberes de los esposos o la competencia de los alcaldes, estas innovaciones serán inmediatamente aplicables a los individuos casados o a los alcaldes ya posesionados.

“b) Las **situaciones individuales o subjetivas** son aquellas cuyo contenido ha sido determinado individualmente y varía según los titulares. Las situaciones de un acreedor, de un deudor, de un arrendatario, de un contribuyente a quien se le ha liquidado un impuesto son de este tipo porque ellas se diferencian esencialmente en su cuantía, sus modalidades, etc., dado que no han sido determinadas uniformemente por la ley. De ahí resulta que estas situaciones son **intangibles** en cuanto no pueden ser revisadas sino mediante el consentimiento del titular” (De Laubadére, op. cit., p. 7).

Con fundamento en esta clasificación de las actividades jurídicas, los actos pueden ser **reglamentarios, subjetivos y condición**, así:

a) **Actos reglamentarios**, también llamados **actos regla**, son los creadores de situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas, los cuales se aplican a un número indefinido de personas, tienden a ser permanentes pues no se agotan con la primera aplicación que de ellos se haga y pueden ser modificados en cualquier momento. Ejemplos: las leyes y los reglamentos.

b) **Actos Subjetivos**, son los creadores de situaciones concretas, individuales, subjetivas, aplicables a personas determinadas, susceptibles eventualmente de extinguirse por cumplimiento de las prestaciones o ejercicio de los derechos correspondientes y modificables solamente por el consentimiento de sus titulares, pues normalmente generan derechos adquiridos, al contrario de lo que sucede con los actos reglas que no crean derechos adquiridos. Ejemplo típico de acto subjetivo: el contrato.

c) **Actos Condición**, dice De Laubadére: “Es aquel que atribuye a un individuo determinado una situación general objetiva. Se diferencia entonces del acto subjetivo en que, a pesar de que también tenga un **contenido individual**, no crea una situación subjetiva, sino que se limita a establecer la atribución de un estatuto objetivo. Se trata de cierto modo de un complemento del acto regla por cuanto inviste a los individuos de situaciones determinadas por tales actos que generalmente, sin concretización por los actos-condición, permanecerían en niveles abstractos, teóricos. El matrimonio en derecho civil, el nombramiento de un alcalde en derecho público son actos condición” (De Laubadére, op. cit., p. 8). Como el acto condición no crea la situación jurídica sino que se limita a hacerla aplicable a una situación concreta, él no está en capacidad de modificarla; de ahí que en el matrimonio no puedan establecerse condiciones no previstas por la ley, ni que en el nombramiento de un alcalde puedan imponerse más o menos atribuciones que las señaladas por el derecho objetivo para todos los alcaldes de la misma categoría.

Muchos autores incluyen una cuarta categoría, los **actos jurisdiccionales**, que según dice Sayagués, “consisten en un pronunciamiento o constatación sobre un punto controvertido, que adquiere fuerza de verdad definitiva” (Sayagués, op. cit., T. I. p.

26; Tobón, op. cit., p. 115). Hay que observar, sin embargo, que estos actos son ajenos a la técnica del derecho administrativo y pertenecen más bien a la órbita del procedimiento judicial, ya que según se anotó atrás, el efecto de cosa juzgada le está vedado a los pronunciamientos administrativos.

7. Ejemplos prácticos de cómo actúa la Función Administrativa

Se dejó sentado que la administración actúa bajo el impulso de la ley, debiendo poner en práctica las decisiones de ésta. Conviene poner algunos ejemplos sobre cómo actúa la Administración para realizar los cometidos trazados por la legislación (entendida ésta en sentido amplio). Al legislador (sea el Congreso, o el Gobierno actuando en uso de poderes legislativos) le corresponde decidir sobre la organización del Estado no prevista en la Constitución, la regulación de los comportamientos de los súbditos, los servicios que debe prestar el Estado y el fomento que éste debe llevar a cabo.

a) Organización del Estado

La Constitución dice que es función de la ley "determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales" (Art. 76 - 9 C. N.).

Por consiguiente, si en un momento dado se considera que es necesario crear el Ministerio de Transporte o el de Turismo, la decisión correspondiente debe tomarla el Congreso por medio de ley, previendo además los aspectos generales de la estructura del nuevo organismo y las funciones que se le asignen.

A la administración le toca llevar a cabo esa decisión legislativa, creando los empleos que demande el servicio, señalando sus funciones especiales, fijando sus emolumentos, distribuyendo los negocios según sus afinidades entre los distintos Ministerios, nombrando las personas que deben desempeñar los cargos correspondientes, organizando la planta física que permita el funcionamiento y dotando a la entidad de los recursos necesarios, conforme al Presupuesto (Art. 120 N^o 1, 5, 11, 21 y art. 132 C. N.).

Esta actuación de la decisión legislativa se traduce en actos muy diferentes pero ligados por la finalidad que los anima, consistente en llevar a la práctica la decisión. La creación de empleos y la asignación de funciones y emolumentos a los mismos se hace por medio de reglamentos; la designación de funcionarios impone expedir actos —condición; la dotación de la planta administrativa puede dar lugar a la celebración de contratos de diverso orden (suministro, compraventa, arrendamiento, etc.); el funcionamiento del Ministerio dará pie para diferentes operaciones administrativas, etc.

b) Regulación de Conductas

La decisión sobre los comportamientos que deben regularse y el sentido de tales regulaciones es también de orden legislativo.

Por ejemplo, si en un momento dado se considera que es conveniente actuar sobre los precios de artículos de consumo popular porque el encarecimiento de los mismos genera conflictos sociales o lesiona la justa distribución de los recursos, la decisión básica debe tomarla el legislador. Dicha decisión contiene el enunciado de los comportamientos (v.gr. la venta o el acaparamiento de productos de consumo popular) y el sentido de la regulación (establecer controles de precios, sancionar el acaparamiento y la especulación, autorizar u ordenar la provisión de víveres por parte de las autoridades administrativas, etc.).

La ejecución de esta decisión también se realiza a través de actos variados: **reglamentar** la ley, señalando precios máximos, definiendo los artículos de consumo popular, estableciendo procedimientos para hacerla viable, asignando competencias a funcionarios que se encarguen de aplicarla, etc.; dictar **instrucciones** generales o específicas a los funcionarios correspondientes; expedir **actos subjetivos** de autorización de expender artículos determinados o de prohibición de guardarlos; imponer **sanciones** y hacerlas efectivas a través de cierre de establecimientos o decomiso de artículos, con lo cual se configuran **operaciones administrativas**; celebrar **contratos** para la adquisición de productos de consumo popular y expenderlos al público, etc.

c) Prestaciones de Servicios

La ley define cuáles son las necesidades cuya satisfacción debe procurarse a través de la acción pública. Si el Estado presta

el servicio de educación en los distintos niveles (primaria, secundaria, técnica, universitaria, etc.), ello obedece a una decisión legislativa. Lo mismo puede decirse para los demás servicios: carreteras, ferrocarriles, hospitales, telecomunicaciones, vivienda, etc.

La ley define además la dotación financiera del servicio, autorizando el gasto e incluyendo la partida correspondiente en el Presupuesto. Puede decidir además sobre otros aspectos, como la organización del servicio (si se presta directamente, o a través de un ente descentralizado, o por concesión, etc.), la financiación a través de contribuciones específicas o de tasas, etc., los derechos de los usuarios y en general el régimen jurídico del servicio.

Pero la previsión legislativa obviamente permanece en un nivel abstracto y es necesario tomar una serie de decisiones que conduzcan a lo querido por el legislador, es decir, a que el servicio se preste efectivamente al mayor número posible de personas que lo requieran.

La prestación del servicio puede suponer una **reglamentación** previa si el legislador, como es corriente, se ha conformado con crear el servicio y ordenar el gasto correspondiente. Es más, en el servicio educativo el legislador no puede hacer otra cosa, pues la Constitución le reserva al Presidente las facultades de "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional" art. 120 - 12 C. N.). Esa reglamentación puede comprender cuestiones como las siguientes: adscripción del servicio a determinados organismos, procedimientos para prestarlo al público, requisitos que deben llenar los usuarios, deberes de los organismos que lo prestan, etc.

A la reglamentación le sigue la organización concreta del servicio: designar personal que lo atienda, celebrar contratos para financiarlo o para dotarlo de los elementos necesarios, ordenar expropiaciones que autoricen las leyes, imponer contribuciones previstas en la ley, prestar concretamente el servicio expidiendo actos jurídicos de admisión al mismo y realizando las prestaciones administrativas correspondientes (dictar clases, asistir a los enfermos, entregar viviendas, conectar las redes de energía y suministrar el fluido, etc.).

d) Fomento

Según la Constitución, a la ley le corresponde "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta

ta sujeción a los planes y programas correspondientes" (Art. 76 - 20 C. N.). Esas decisiones comprenden además los medios de fomento (asistencia técnica, exenciones o descuentos tributarios, prestaciones pecuniarias, etc.) y desde luego las asignaciones financieras correspondientes.

Pueden incluir también la determinación de los organismos que van a prestar el fomento y las relaciones con los beneficiarios (derechos, obligaciones y procedimientos), si bien es frecuente que estos temas sean materia de reglamentación administrativa.

La actuación del fomento supone, como en los otros casos que vienen mencionándose, la expedición de **reglamentos**, la organización concreta de servicios administrativos, la celebración de **actos subjetivos** unilaterales o contractuales de admisión de beneficiarios, o la expedición de **actos - condición**, si no hay lugar a establecer modalidades individuales de fomento, y la realización de las prestaciones correspondientes a través de **operaciones administrativas** (entregar Certificados de Abono Tributario, brindar asistencia técnica efectiva, hacer las erogaciones que autoricen la ley y las decisiones administrativas, etc.).

8. Función Administrativa y Función de Gobierno

Atrás se dijo que existe una tendencia doctrinaria que sostiene la necesidad de distinguir en la función ejecutiva lo que es propiamente administrativo y lo que sería de índole política o gubernamental. La función administrativa se caracterizaría por ser ejecución rigurosa de la ley; la función política tendría cometidos más amplios, de coordinación, de iniciativa, de mantenimiento de la continuidad del Estado y de representación del mismo. (vid. Supra N° 6).

Goodnow, citado por Tobón, dice: "...Lo que se llama Poder Ejecutivo se compone realmente de dos funciones: la función política o gubernamental, como la llaman los franceses, y la función administrativa. Algo difícil es distinguir estas dos funciones, pero la distinción existe y puede ser reconocida. Un notable tratadista francés ha expuesto con toda claridad apetecible esa distinción, que en Francia es más acentuada que en ninguna otra parte, y que tiene una gran influencia en el Derecho francés. Ese tratadista es M. Aucoc, el cual dice:

"Cuando distinguimos el Gobierno de la Administración, que-remos designar con ese nombre la dirección de todos los asuntos

que se miran como políticos; es decir, las relaciones del jefe del Estado con los grandes cuerpos del Estado; la convocatoria de la Cámara de Diputados, su clausura, la disolución de la Cámara de Diputados, la convocatoria para las elecciones de Senadores y Diputados, la dirección de las relaciones diplomáticas con las potencias extranjeras, la disposición de la fuerza pública, el ejercicio de la prerrogativa del indulto, la concesión de títulos de nobleza...

“La autoridad administrativa tiene una misión muy diferente. Está encargada de proveer a aquellas necesidades colectivas de los ciudadanos que no puede satisfacer convenientemente la iniciativa de los individuos o de las asociaciones de individuos; debe reunir los recursos necesarios, en hombres y en dinero, para la conservación y el desarrollo de la vida social; debe realizar actos de gestión para la marcha de los varios servicios públicos (por ejemplo, para la ejecución de las obras públicas); debe adoptar medidas de inspección y de previsión para conservar la propiedad destinada al uso público; debe mantener el orden y fomentar la prosperidad general” (vid. Tobón, Op. cit., p. 66).

Un tratadista más moderno, Rivero, constata en la rama ejecutiva la distinción entre “los **órganos de preparación y de ejecución**, dedicados exclusivamente a la acción administrativa, compuestos a menudo de especialistas que le consagran toda su existencia, y los **órganos de dirección suprema y de control**, cuyos miembros acumulan sus funciones administrativas con otras funciones públicas; su estatuto y sus competencias son fijados por la Constitución y cambian con ésta. En todos los regímenes se encuentran así a la cabeza de la Administración autoridades que tienen un carácter constitucional y un origen político” (Rivero, “Droit Administratif”, Dalloz, París, 1971, p. 12-3).

Desde el punto de vista funcional el mismo autor dice que “sin duda se percibe una diferencia entre el Gobierno y la Administración: gobernar es tomar decisiones esenciales que comprometen el porvenir nacional: una declaración de guerra, un plan económico. La administración es una tarea cotidiana que descende hasta los actos más humildes: la visita de un inspector, el golpe de pica de un peón caminero” (Rivero, op. cit., p. 12).

Jaime Vidal Perdomo ha tratado de aplicar estos conceptos a nuestro derecho positivo, el cual a su entender concibe la función de las autoridades ejecutivas no simplemente como ejecución de la ley sino como la actividad destinada a cumplir la Constitución,

bien sea reglamentando o ejecutando la ley o con independencia respecto de ella. Dentro de este último campo cabrían las tareas legislativas que cumple el Gobierno, las relaciones con el Congreso, las relaciones internacionales, la guerra y la seguridad exterior, los poderes excepcionales de los Estados de Sitio y de Emergencia Económica, cometidos éstos que configurarían el ejercicio de verdaderos poderes de gobierno, en tanto que otros significarían el desarrollo de funciones administrativas ordinarias. De ahí que el artículo 120 C. N. distinga en el Presidente de la República dos calidades diferentes, la de Jefe del Estado y la de Suprema Autoridad Administrativa, que reunidas configuran la titularidad de lo que Vidal llama una nueva función: la gubernamental (Vidal Perdomo, Jaime “Derecho Administrativo”, 5ª ed., Universidad de los Andes, Bogotá, 1975, p. 303 y s.s.).

Para formarse un criterio sobre estas opiniones, hay que comenzar por admitir que evidentemente las autoridades ejecutivas realizan funciones que desbordan el concepto de administración ordinaria. Nadie discute este punto de vista y es precisamente por tenerlo en cuenta que la mayoría de los autores ha abandonado los criterios formales u orgánicos de clasificación de las funciones estatales, para considerar bien sea el contenido de las respectivas funciones o, según el criterio que se sigue en este curso, la posición que cada función tiene en el proceso de la actividad estatal.

Sentado que las autoridades ejecutivas cumplen funciones que no son administrativas, cabe preguntarse: será necesario clasificar aquellas funciones dentro de un nuevo concepto, o por el contrario, habrá posibilidad de enmarcarlas dentro de las funciones restantes, esto es, la constituyente, la legislativa o la judicial?

Miradas las cosas desde un punto de vista más rigurosamente jurídico habría que preguntar cuáles serían las consecuencias normativas que se desprenderían de admitir una nueva categoría de actos estatales o de la adscripción de las funciones no administrativas de la rama ejecutiva a cualquiera de las funciones tradicionales. En efecto, las clasificaciones jurídicas son aceptables en cuanto de ellas se derive alguna utilidad para la explicación del derecho; en otras palabras: los supuestos que produzcan las mismas consecuencias jurídicas deben clasificarse dentro de la misma categoría; los supuestos que generen consecuencias jurídicas diferentes deben clasificarse de manera diferente.

El origen de la teoría de la función gubernamental como algo diferente de las funciones tradicionalmente reconocidas, se motivó en Francia precisamente por consideraciones prácticas: en la idea de sustraer del conocimiento de los Tribunales algunos actos de "alta política" cuya justificación quedaría al arbitrio de las autoridades gubernamentales. Más adelante, vista desde 1875 la arbitrariedad de esta explicación, los juristas franceses intentaron formular una lista objetiva de actos que por su naturaleza escaparían al control judicial. Esa lista, amplia en un principio, ha ido estrechándose paulatinamente, hasta el punto de que en la actualidad son muy pocos los actos de las autoridades ejecutivas que se sustraen al contencioso.

Vedel cita los siguientes:

1º) Actos que se refieren a las relaciones entre los poderes públicos (Proyectos de ley, decretos de clausura o disolución de las Cámaras, etc.);

2º) Actos relativos a la conclusión, la interpretación o la aplicación de tratados, cuando den lugar a cuestiones de derecho internacional;

3º) Actos de gracia o indulto;

4º) Actos o hechos de guerra;

5º) Medidas de orden interior (v.gr.: disciplinarias de una Asamblea) (Vedel, "Droit Administratif", PUF, París, 1973, p. 305 y s.s.; en sentido similar, Waline, op., p. 217 y s.s.; Rivero, op. cit., p. 148 y s.s.).

De Laubadère reduce a dos clases el dominio de los llamados actos de gobierno: 1º) Los actos del poder ejecutivo en sus relaciones con las Asambleas Políticas; 2º) Los actos de carácter diplomático (De Laubadère, op. cit., p. 93).

Se observa pues que a pesar de las críticas que ha sufrido la teoría de los actos de gobierno, en Francia aún se admite que algunos, muy pocos, actos del ejecutivo son irrevisables por las autoridades judiciales.

Sin embargo, los juristas mencionados (Vedel, Rivero, Waline, De Laubadère), se niegan a deducir la irrevisabilidad de dichos actos de la existencia de una función gubernamental que justificaría esas excepciones al principio de la legalidad administrativa. Dice Vedel que "no hay ninguna razón para considerar como una categoría autónoma la lista, por demás heteróclita, de actos

sustraídos a todo recurso contencioso, puesto que los elementos que componen esa lista están excluidos del control judicial por razones que no tienen nada de misterioso" (Vedel, op. cit., p. 309).

¿Cuáles son esas razones? En los actos que relacionan al Gobierno con el Parlamento la excepción se justifica porque en Francia el juez administrativo no es competente para juzgar la actividad parlamentaria. La falta de control sobre los actos que interesan a las relaciones internacionales se explica porque el Gobierno no actúa en ellos como poder ejecutivo sino como sujeto de derecho internacional. Las decisiones que otorgan una gracia o la niegan, son irrevisables por el juez administrativo porque éste no es competente sobre los actos judiciales. La inexistencia de recursos contra los actos de guerra se explica porque esta es materia reservada al legislador: éste interviene para decir cuáles daños son reparables y donde no dice nada se entiende que no hay reparación. En cuanto a las medidas de orden interior, se aplica el adagio "de minimis non curat praetor". (Vedel, op. cit.; Rivero, id.).

En conclusión, la doctrina francesa actual no vincula la existencia de actos excluidos de control judicial a la idea de una función gubernamental diferente de las funciones tradicionales, sino que procura explicar esos actos por su conexión con las funciones legislativas y judiciales, por su relación con el derecho internacional, o en último grado, por su escasa importancia.

Se sigue de ahí que la distinción entre gobierno y administración carece de efectos jurídicos prácticos y sólo se justificaría mantenerla para fines pedagógicos que interesan más a la ciencia política o a la administración, que al derecho propiamente dicho. Por otra parte, la existencia en el derecho francés de actos no sujetos a control contencioso administrativo no invalida el principio de la sumisión de la administración a la ley, pues dichos actos no se consideran administrativos.

¿Cuál es la situación en nuestro derecho positivo?

Dice Alvaro Copete Lizarralde: "La teoría de los actos de poder, también llamados actos de gobierno o actos políticos, no ha merecido por parte de los tratadistas colombianos de derecho público ninguna atención, porque juzgan que dentro de nuestra organización institucional no es dable ningún acto del Ejecutivo que no esté sometido a la jurisdicción de algún Tribunal.

"Ya dijimos cómo desde 1954 venimos disintiendo de esta opinión, pues si bien es cierto que según la letra de los arts. 215 y 216

de la Constitución todos los actos del Gobierno están sometidos a control jurisdiccional, no lo es menos que existen algunos que por su naturaleza misma resisten este control.

“En páginas anteriores creemos haber demostrado que los decretos que declaran el estado de sitio y los que lo levantan carecen de control material y sólo podrán ser juzgados en relación con los vicios de forma. Pero al lado de estos actos, existen otros que son esencialmente discrecionales del Presidente, como la orden de retención de personas contra quienes aparezcan indicios de que atentan contra la paz pública (art. 28), el mensaje de urgencia en el despacho de proyectos de ley (art. 91), el hacer la guerra, el impartir instrucciones a los agentes diplomáticos, el ordenar el canje de las ratificaciones de un tratado diplomático o abstenerse de hacerlo, y algunas otras. Aparece claro que la índole misma de estas facultades, acordadas por la Constitución al Presidente, supone una potestad discrecional que en manera alguna puede estar sometida a control jurisdiccional” (Copete Lizarralde, Alvaro, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Ed. Lerner, Bogotá, 1960, p. 317)

A decir verdad, la teoría de los actos políticos y su fundamento en la función política o gubernamental, solamente se han invocado en nuestro derecho para unos cuantos casos que, como en Francia, tienden a reducirse y pueden explicarse por motivos diferentes sin necesidad de crear una nueva categoría de funciones.

De hecho, la discusión se ha centrado en los decretos que declaran o levantan los Estados de Sitio o de Emergencia Económica y Social, y en los actos que interesan a las relaciones internacionales. Conviene analizar, sin embargo, otros puntos que pueden suscitar controversia.

1º) Decretos que establecen o levantan el Estado de Sitio o el de Emergencia Económica.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido durante muchos años la tesis de que los Decretos que establecen o levantan el Estado de Sitio sólo son susceptibles de control formal, para verificar si tienen las firmas requeridas y si se oyó el concepto del Consejo de Estado, pero sin que sea posible entrar al análisis de las condiciones de fondo invocadas para tomar estas medidas, cuya apreciación debe hacerla soberanamente el Gobierno dentro del poder que le otorga la Constitución de “conservar en todo el te-

ritorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado” Art. 120 - 7 C. N. (vid. reseña y comentario crítico en Sanín G., Jaime, “La defensa judicial de la Constitución”, Temis, Bogotá, 1971, p. 159 y s.s.).

Esta doctrina fue reiterada por la Corte para el caso del Estado de Emergencia Económica en fallo del 15 de Octubre de 1954: “El Decreto inicial que declara el “estado de emergencia económica” es un acto conjunto del Jefe del Estado y los Ministros, sometido al control de la Corte en los términos del artículo 214 y del párrafo del artículo 122, y cuya revisión no puede comprender el estudio de los motivos que se hayan tenido para declararla, pues tomar esa decisión es potestativa del Gobierno, de modo discrecional” (vid. “Emergencia Económica 74”, Ediadinos, Bogotá, 1975, p. 178).

Sin embargo, en fallo del 5 de Agosto de 1976, emitido en relación con el D. 1.263/76 que declaró restablecido el orden público y levantó el Estado de Sitio que venía rigiendo desde 1975, la Corte parece haber admitido la posibilidad de un examen sobre el fondo de estos decretos, pues no dejó la salvedad de que se restringía al aspecto formal y, además, se produjeron dos salvamentos de voto en los cuales se insistía en la incompetencia de la Corte para conocer de estos actos políticos (vid. “Foro Colombiano”, Bogotá, Agosto de 1976, T. XV, Nº 86, p. 139 y s.s.).

Es interesante tener en cuenta que en Francia desde 1953 el Consejo de Estado ha admitido recursos contenciosos contra los actos de proclamación del Estado de Sitio expedidos por autoridades administrativas (Vedel, op. cit., p. 309).

En realidad, como lo observa Sanín, los argumentos para declarar irrevisables estos decretos no son muy consistentes. Si se ha mantenido hasta ahora la posición de la Corte, es porque en sí mismos esos Decretos no generan consecuencias prácticas inmediatas que afecten la legalidad. Las consecuencias se derivan de los decretos posteriores al establecimiento de los Estados de Sitio o de Emergencia Económica, los cuales sí son susceptibles de control a fondo por parte de la Corte. Y en cuanto a los Decretos de levantamiento de dichas situaciones, su consecuencia es el retorno a la legalidad ordinaria. En cambio, una posición de la Corte sobre la inoportunidad de declarar un Estado de Excepción, careciendo de elementos probatorios para sustentarla, podría acarrear consecuencias prácticas de la mayor gravedad.

El razonamiento no es pues jurídico sino de prudencia y no cabe darle todo el alcance de una teoría especial sobre la clasificación de las funciones estatales, pues la Corte parte de la base de que estos decretos son legislativos, es decir, que corresponden a la competencia legislativa del Presidente y no al ejercicio de funciones administrativas ni políticas.

2º) Actos del Gobierno que trascienden el ámbito del Derecho interno de Colombia.

En los últimos años ha habido lugar a varias controversias relacionadas con la juridicidad de decisiones gubernamentales que afectan las relaciones internacionales del país. Los casos más importantes han sido la demanda de inexecutable del D. 1254/69 y la ley 8/73 que aprobaron el Acuerdo de Integración Subregional Andina, la demanda contra el D. 1299/71 que puso en vigencia el régimen común de tratamiento de los capitales extranjeros en el Pacto Andino y la demanda contra el oficio del Ministro de Relaciones Exteriores dirigido al Embajador de Venezuela el 22 de Noviembre de 1952 en relación con el Archipiélago de "Los Monjes".

En el primer caso, el Gobierno Nacional, invocando autorizaciones dadas por la ley 88/61 que aprobó el Tratado de Montevideo (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio), adhirió al Acuerdo de Integración Subregional mejor conocido como Pacto Andino. Se intentó primero una demanda contra dicho Decreto ante el Consejo de Estado, pero éste se declaró incompetente para juzgarlo con base en que se trataba de un acto complejo íntimamente vinculado a las normas del derecho internacional, por lo cual su control correspondía a procedimientos y a Tribunales Especiales de orden internacional (C. de E., autos Marzo 2 y Junio 5/71, exp. 1.500). Posteriormente se llevó el asunto a la Corte Suprema de Justicia y ésta reiteró en Sentencia de Julio 26/71 el pronunciamiento del Consejo de Estado y su doctrina tradicional, absteniéndose de resolver sobre el asunto. (vid. ANDI, Boletín de Comercio Exterior, N° 2594, Agosto 3/71).

La ley 8/73, para despejar dudas sobre la juridicidad del Pacto Andino desde el punto de vista interno, reiteró la aprobación de dicho documento, lo cual dió lugar a un nuevo proceso que culminó en sentencia del 27 de Febrero de 1975. Aunque en dicho proceso no se ventiló la aprobación misma del Acuerdo o Pacto, sí se analizaron algunas disposiciones de trámite interno del

mismo. En efecto, el Art. 2º de la ley estableció que las decisiones de los organismos del Acuerdo que modificaran la legislación colombiana debían ser aprobadas por el Congreso, sobre lo cual conceptuó la Corte que se estaba coartando la libertad de acción del Presidente para dirigir las relaciones internacionales. En consecuencia, declaró inexecutable el Art. 2º de la ley 8/73 (vid. Foro Colombiano, T. XII, N° 69, Marzo /75).

En el segundo caso, la Corte declaró la inexecutable del D. 1299/71 que puso en vigencia el Estatuto de Capitales del Grupo Andino (Sent. Enero 20/72). Conceptuó la Corte que dicho estatuto debía llevarse a la consideración del Congreso y no podía adoptarse directamente por el Gobierno. Pero esta doctrina se modificó totalmente en el fallo de Febrero 27/75 mencionado atrás.

En el tercer caso, que se tramitó ante el Consejo de Estado, éste se abstuvo de pronunciarse sobre el fondo del asunto diciendo que la dirección de las relaciones internacionales le corresponde al Presidente, que ningún otro funcionario es competente para tomar decisiones en ese sentido, que no corresponde al Consejo sino a los Tribunales internacionales el pronunciarse sobre la legitimidad de tales actos y que en el caso de discusión "el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia y se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa", lo cual excluye el control contencioso (Consejo de Estado, Sentencia Enero 28/76, vid. "Jurisprudencia y Doctrina", Tomo V, N° 51, Marzo/76, p. 136 y s. s.).

En estos casos, la ausencia de control judicial no se fundamenta tanto en el carácter "político" de las actividades en cuestión sino más bien en la superioridad del derecho internacional sobre el interno y, por consiguiente, en la competencia de los organismos de justicia internacionales. No puede hablarse pues de que los actos que interesan a las relaciones internacionales escapen a la legalidad, pues ésta se concreta, como bien lo admite nuestra jurisprudencia, en los principios y reglas del derecho internacional.

Ahora bien, en la actividad internacional del Gobierno hay que distinguir dos aspectos. El primero se refiere a la concertación de tratados y demás actos normativos de derecho internacio-

nal, los cuales configuran ejercicio de la función legislativa del Estado y no se requiere explicarlos por una función gubernativa o política diferente de las tradicionales. El segundo alude a la práctica de las relaciones internacionales en desarrollo de las reglas generales del Derecho Internacional o de las estipulaciones acordadas en los tratados; dentro de este aspecto caben el nombramiento de agentes diplomáticos, la votación en los organismos internacionales, la dotación de Embajadas, los intercambios culturales, económicos o militares, etc. Este es un aspecto indudablemente administrativo que puede definirse como aplicación práctica de las reglas legislativas contenidas en el Derecho Internacional consuetudinario o en el convencional. No parece pues necesario explicar la gestión de las relaciones internacionales con base en funciones diferentes de las tradicionales, pues el que los tribunales de justicia internos no sean competentes para controlar dicha gestión no cambia su naturaleza. Sostener lo contrario conduciría a clasificar las funciones estatales utilizando un criterio extrínseco basado en el juez competente para calificar los actos respectivos.

Como un aspecto especial de las relaciones internacionales pueden considerarse las facultades de declarar la guerra (Art. 120-9 C. N.) y dirigir sus operaciones (art. 120-8 C. N.), que en Francia suelen catalogarse como de orden político. No hay en nuestra jurisprudencia antecedentes al respecto, por cuanto sólo en teoría nos hemos visto envueltos en conflictos internacionales, pero la Constitución prevé responsabilidades por expropiaciones en tiempo de guerra (Art. 32 C. N.), lo cual indica la existencia de un principio general sobre limitación jurídica del fenómeno; éste, por otra parte, está sometido a regulaciones de Derecho internacional.

3º) Actos del Gobierno en relación con el Congreso.

Podría considerarse, a la luz de un análisis superficial, que la convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias, la presentación de un proyecto de ley, la manifestación de urgencia, o la sanción de una ley, son actos políticos que escapan al control contencioso y no configuran ejercicio de potestades administrativas. Sin embargo, como se verá más adelante, un estudio más cuidadoso de estas facultades permitiría vincularlas a la función legislativa.

4º) Retención por motivos de orden público.

El Art. 28, incisos 2º y 3º de la Constitución, autoriza al Gobierno a retener a las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública. Se ha considerado tradicionalmente que esta decisión es manifiestación de facultades políticas que también escapan al poder administrativo y no estaría sometida a control jurisdiccional. Sin embargo, la propia Constitución impone límite temporal, de 10 días, a la retención y en parte alguna excluye la posibilidad de hacer responsable patrimonialmente a la administración por los excesos en que se incurra al hacer uso de esta facultad.

Conclusiones: De los análisis precedentes pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) En nuestro derecho la función administrativa es principalmente ejecución de la ley, pero también es ejecución directa de la Constitución cuando ésta no requiera ser aplicada a través de decisiones generales y pueda ser llevada a la práctica de manera inmediata. La objeción que hace Vidal Perdomo es válida frente a quienes conciben a la función administrativa solamente como ejecutora de la ley. No es este el caso de Sayagués, cuyo concepto se sigue aquí, pues su definición habla de llevar a la práctica los cometidos estatales, sea que los formulen las leyes o que la misma Constitución los prevea expresamente. No es necesario, por consiguiente, diferenciar los actos administrativos, ejecutores de la ley, de los actos políticos, ejecutores de la Constitución: todos, en principio, caben dentro de la función administrativa, salvo algunas excepciones.

b) Los actos que suelen darse como ejemplo de la función gubernamental pueden clasificarse sin mayor esfuerzo dentro de la misma función administrativa o dentro de las funciones legislativa y jurisdiccional.

c) La ausencia de control contencioso administrativo tendiente a la anulación de un acto no es indicio necesario de que se esté en presencia de facultades políticas no sujetas a trámite jurídico, pues puede haber otros controles, como la responsabilidad patrimonial del Estado, la responsabilidad penal del agente público o las responsabilidades de derecho internacional.

d) Los pretendidos actos políticos no forman un conjunto homogéneo que permita descubrir en ellos una función específica del Estado.

9. Función Administrativa y Funciones Seudo-Administrativas.

El ejercicio de la función administrativa le corresponde de manera característica y principal a la rama ejecutiva. Hay aspectos de la actividad administrativa que sin embargo, les competen al Congreso o a los jueces; por ejemplo, la aprobación de un contrato mediante ley, o los actos que realiza el Consejo de Estado a través de la función consultiva.

Se presentan algunas situaciones dudosas en la actuación del Congreso y de los organismos judiciales, que no son claramente legislativas ni jurisdiccionales y que tampoco se ubican muy exactamente dentro de la función administrativa. Son actividades que no están destinadas propiamente a la ejecución de los cometidos estatales sino a la puesta en práctica de las funciones legislativa o judicial. Por ejemplo, el nombramiento de empleados de las Cámaras, la designación de jueces, la dotación de los servicios del Congreso o de la rama judicial, las decisiones relativas al personal de estos órganos, la apertura de las sesiones, la aprobación de actas, etc.

La doctrina ha discutido mucho sobre éstos y otros casos semejantes. Muchos piensan que por regla general se trata de actividades administrativas, análogas a las que realizan las autoridades ejecutivas; por ejemplo, dice Gordillo, no puede variar la naturaleza de un acto de nombramiento el que lo disponga una autoridad administrativa o lo verifique el Congreso (vid. Gordillo, "Introducción al Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1966, p. 84). Algunos, cuya posición es minoritaria, como Garrido Falla, consideran que si bien se da cierta semejanza entre la actividad administrativa y las que se vienen reseñando, debe destacarse la diferencia de las funciones que realizan y eventualmente del régimen jurídico que las rige. Esas actividades del Congreso y de los jueces, similares a las que cumplen las autoridades ejecutivas pero no destinadas directamente a la práctica de los cometidos estatales, serían "seudo-administrativas".

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre algunos problemas de esta índole, pero sin admitir la tesis de que hay actividades seudo-administrativas.

En fallo de Junio 14/61 sostuvo una tesis formalista en los siguientes términos: "Nuestro sistema jurídico concibe la función administrativa como una actividad propia del órgano ejecutivo del poder público encaminada a la realización del derecho, y el acto

administrativo como la resultante directa e inmediata de esa función. Entre el órgano, la función y el acto hay una relación que marca la orientación seguida en nuestros estatutos. En principio, es acto administrativo el expedido por la Administración con el fin de producir efectos jurídicos. La denominación del Capítulo VII del C.C.A., por sí sola, acusa una aguda concepción formalista, cuando identifica las nociones de acto administrativo y de acto de la administración para los efectos jurisdiccionales. En los Artículos 62 y siguientes se relievra más aún esa marcada tendencia. Allí se enumeran los actos administrativos acusables en razón del sujeto que los expide y no de su contenido jurídico. La única excepción es la consagrada por la ley en su artículo 189" (Anales, T. LXIII, N° 392-6, p. 149).

De acuerdo con el art. 189 C.C.A., el Consejo de Estado puede conocer de controversias sobre elecciones de Presidente y congresistas; asimismo, es competente para conocer de juicios que se susciten con motivo de elecciones o nombramientos hechos por cualquier autoridad nacional, excepción hecha de la elección de Designado y los nombramientos de Consejeros de Estado y de magistrados de Tribunales Administrativos, que se cuestionan ante la Corte Suprema (art. 190 C.C.A.), y de las elecciones de comisiones para el orden interno de cualquier corporación, cuya nulidad es declarada por la misma corporación (Ley 85/16, Art. 182).

De consiguiente, sólo serían actos administrativos los de elección o nombramiento provenientes de las Cámaras o de los Jueces. Los demás actos de estos organismos no podrían catalogarse como administrativos. No siendo tampoco actos de legislación ni de jurisdicción, habría que clasificarlos como actos sui-generis, de carácter político.

El Consejo siguió esta orientación en autos de Noviembre 29/69 y Septiembre 17/75, mediante los cuales no admitió demandas contra una decisión sobre levantamiento de inmunidad de un parlamentario y contra un permiso dado por el Senado al Presidente de la República para ausentarse del país (Foro Colombiano N° 76, Octubre/75, p. 373 y s.s.).

En otros fallos se ha admitido claramente la posibilidad, muy bien fundada en la ley, de ocuparse de nombramientos hechos por el Congreso o por los órganos judiciales (Consejo de Estado, Sentencias Junio 19/70, Octubre 22/72, Junio 8/73; además, Corte, Auto, Octubre 29/69).

Sin embargo, en auto de Noviembre 6/75 (ponente: doctor Galindo Pinilla) el Consejo modificó su tesis tradicional, diciendo que todos los actos del Congreso y de los Jueces que no sean de legislación ni judiciales, son administrativos y por consiguiente justiciables ante lo contencioso-administrativo o, por excepción, ante la Corte, por cuanto en su concepto la palabra administración que emplea el Art. 20 del D. 528/64 debe entenderse en sentido funcional y no orgánico, de donde se deduce que cubre no sólo a los órganos de la rama ejecutiva sino al Congreso y a los jueces cuando actúan en función administrativa. Por consiguiente, revocó el auto de Septiembre 17/75 que se mencionó atrás y admitió la demanda contra la Proposición N° 64 de 1975 que aprobó el Senado el 2 de Septiembre y mediante la cual se autorizó al Presidente para viajar al exterior (Jurisprudencia y Doctrina, Tomo V, N° 49, Enero/76, p. 18 y s.s.).

En esta dirección se orienta, aunque partiendo de otros supuestos, la sentencia de Marzo 3/72, recaída en el juicio que promovió Alfonso Lombo Ortega. En esa oportunidad el Consejo de Estado admitió el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por falla en el servicio judicial y ordenó indemnizar a un funcionario acusado injustamente por la Contraloría que se vio sometido a detención preventiva durante un año (vid. González Rodríguez, Miguel, "Derecho Contencioso Administrativo Colombiano". Sociedad Colombiana de Abogados, Bogotá, 1976, p. 110).

De estas últimas decisiones del Consejo de Estado se desprende que en nuestra jurisprudencia está haciendo carrera la tesis de que la organización y los aspectos puramente mecánicos del funcionamiento de las ramas legislativa y judicial son asuntos administrativos a los cuales debe aplicarse el derecho administrativo ordinario y que en los aspectos contenciosos corresponden a la jurisdicción administrativa, salvo en lo que expresamente se exceptúe.

La postulación de esta tesis no afecta la definición acogida aquí sobre la función administrativa, pues esos actos de organización y puesta en funcionamiento de los aparatos legislativo y judicial tienden a que se realicen los cometidos legislativos y judiciales del Estado.

De lo dicho se desprende que la teoría de las funciones pseudo-administrativas, de que se viene hablando, no tiene repercusiones prácticas en nuestro derecho positivo.

EL POSITIVISMO JURIDICO EN EL PENSAMIENTO DE FRANCESCO CARRARA

Fernando Meza Morales

Generalmente se acepta que CARRARA es un conspicuo representante del pensamiento jusnaturalista en el campo de la teoría jurídico penal. No podría ser de otra manera frente a declaraciones programáticas expresas incorporadas en sus prolegómenos del "Programa de Derecho Criminal". A cada paso, además, encontramos la referencia a una instancia trascendental. "Ahora, bien, si el estado de sociedad civil era necesario a la raza humana para la observancia del precepto moral, la sociedad que debía expresar la forma especial del orden señalado al hombre por la mente suprema, desde el primer instante de su creación, no podía ser sino una sociedad cuya dirección se unificase en un centro común de 'autoridad'. Y esta autoridad no podía menos que estar provista del poder de 'prohibir' ciertas acciones y de 'reprimir' al que intentara cometerlas a pesar de la prohibición. La sociedad civil, la autoridad que la preside, el derecho de prohibir y de reprimir que se le concede, no son más que una cadena de instrumentos de la ley del orden. Por lo tanto, el derecho penal tiene su génesis y su fundamento racional en la ley eterna de la armonía universal".⁽¹⁾

En el aparte transcrito despunta una inquietud que perfila todo el pensamiento carrariano, como es la del destino de la libertad personal frente a los poderes del Estado. Heredero del más genuino pensamiento individualista enunciado como principio político por BECCARIA e incorporado orgánicamente al pensamiento ju-

(1) CARRARA, Francesco; Programa de Derecho Criminal; Trad. de Ortega Torres y Guerrero; Tomo I, N° 2978; Editorial Temis, Bogotá, 1956; pág. 16.

rídico penal por FEUERBACH bajo las formas latinas que definen la legalidad del delito y de la pena, CARRARA persigue un fundamento de su teoría del libre albedrío a la par que la legitimidad del acto de autoridad estatal que lo restringe. "Dios habría podido crear al hombre impecable, negándole la capacidad de transgredir los preceptos suyos, así como negó a los cuerpos el poder de resistir a la fuerza de gravedad; pero entonces no habría habido 'deberes', ni 'derechos', y todo sería 'necesidad'. Mas esto destruía el libre albedrío, y hacía al hombre incapaz de mérito y de demérito. Supuesto, pues el libre albedrío, o era preciso enviar sobre la tierra una legión permanente de espíritus superiores como guardianes y vindicadores de la ley moral, o se llegaba a este inevitable dilema: dejar el precepto moral sin observancia, o encomendar su tutela al brazo del hombre."⁽²⁾ Aquí aparecen dos puntos de partida: uno supuesto y otro verificado. CARRARA presupone el libre albedrío, lo que vale tanto como decir que no puede ser verificado.⁽³⁾ Pero a la vez reconoce un poder coactivo como necesario para la existencia del derecho. Si los mandatos del Derecho son fiel trasunto de los imperativos del orden moral, no puede en cambio compartir el destino de éste so pena de terminar en la anarquía, pues las leyes morales no tienen en sí la fuerza de la coacción "excepto en el 'sentido moral'", lo que vale tanto como decir que su única sanción se encuentra en la conciencia.⁽⁴⁾ Semejante estado de cosas conduciría al "desorden en el mundo moral" y finalmente al "desorden también en el mundo físico."⁽⁵⁾ La simple comprobación de la verdad histórica le conduce finalmente a concluir: "Para completar la actuación de la ley del orden en la vida terrena, era menester, pues, un hecho ulterior en virtud del cual la ley moral se reforzara, en este mundo, con una coacción y con una sanción 'sensibles', de modo que el precepto moral, que imponía al hombre el respeto de los derechos de la criatura, no fuese palabra vana, y el mundo moral, presa de continuo desorden, no hiciera feo contraste con el orden que domina al mundo físico. Esta ley coactiva y represiva, que no tenía en sí misma la ley mo-

(2) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 14.

(3) En última instancia, en este punto se aproxima al pensamiento ferriano, pues éste parte del supuesto de que el libre albedrío no puede ser experimentalmente demostrado y, por tanto, no puede ser utilizado por el razonamiento jurídico; en tanto que CARRARA lo maneja como categoría a priori sólo por cuanto supone también su indemostrabilidad experimental.

(4) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 13.

(5) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 14.

U. de A.

ral, no podía encontrarse más que en el brazo mismo del hombre".⁽⁶⁾ Los apartes transcritos ponen de presente el agudo contraste del ferviente defensor de la libertad individual con el convencido defensor de la idea de orden. Esas palabras encontrarán años después un desarrollo sistemático en la teoría kelseniana del derecho, la cual cifra la diferencia fundamental entre norma moral y norma jurídica en que la sanción de ésta puede ser coactivamente ejecutada por una autoridad estatuida por el propio ordenamiento jurídico en tanto que la sanción de la primera queda librada a la conciencia personal; también la idea de orden ha quedado sistematizada como idea de seguridad jurídica en la teoría pura del derecho.

CARRARA es consciente de esta tensión dialéctica y trata de salir al paso de alguna objeción que lo identifique con una idea absolutista del Estado, contra la cual se ha conformado precisamente todo el pensamiento clásico del derecho penal. "No es, pues, verdad que el derecho penal restrinja la libertad humana. No es limitación de la libertad humana el impedimento que se interpone entre el asesino y la víctima, porque la libertad humana no es otra cosa que la facultad de ejercer la propia actividad sin agraviar los derechos ajenos. La libertad de uno debe coexistir con la libertad igual de todos. La restricción nace de la ley natural, que dio a la humanidad derechos, e impuso a los hombres el deber de respetarlos. La ley humana no aminora la libertad al circunscribirla dentro de los límites de la naturaleza".⁽⁷⁾ Este, evidentemente, es un esfuerzo orientado a mantener la coherencia de la doctrina. Buscar un fundamento al poder coactivo del Estado en la ley natural sólo traduce el afán de limitar su función legislativa, pues de la premisa de que la ley natural impone deberes y derechos no se sigue necesariamente que ellos deban ser garantizados coactivamente sino solo que la violación de la ley que los consagra comporta una sanción, que en el caso de la ley moral (CARRARA lo afirma) radica solo en la conciencia. Mas parece que CARRARA solo hubiera tenido en mente al legislador, * pues no otra cosa indica su afán siempre reiterado de trazarle pautas a la función le-

(6) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 14.

(7) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 19.

* La actividad judicial quedaba demarcada y limitada, en garantía de la libertad individual, con el postulado de la estricta sujeción del juez a la ley. Esa concepción mecanicista se encuentra plenamente superada, a la par que la idea de que el juez creaba derecho (como si fuera legislador) cuando interpretaba la ley, y por eso se le negaba función interpretativa.

gislativa postulando criterios cuya acogida la hace conforme a la ley natural, o cuya desestimación la hace disconforme con esa misma ley; en uno o en otro caso, permitiendo decir que la ley es justa o injusta. De aquí que uno pudiera sentirse inclinado a pensar que CARRARA hace depender la validez objetiva del orden jurídico de su conformidad con la ley natural. Pero esa no es la consecuencia, como trataremos de demostrarlo, concluyendo a la vez que la ley natural, en el pensamiento carrariano, solo constituye un ideal sin proyección ninguna en la validez del ordenamiento jurídico. En última instancia el único derecho para CARRARA es el derecho positivo, pero a esa posición llega por consideraciones puramente políticas y no por exigencias metodológicas.

El breve contenido del numeral 21 del Programa, con el pie de página respectivo, son de una densidad digna de cuidadoso análisis, pero los fines de un breve ensayo solo examinan esos textos en la medida necesaria para probar la tesis enunciada como título. CARRARA define el delito civil en los siguientes términos: "La infracción de la **ley del Estado**, promulgada **para proteger la seguridad de los ciudadanos**, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".⁽⁸⁾ (El subrayado no es del texto). Dejemos de lado, por el momento, la significación de la expresión "infracción" como concepto relacionante, y ocupémonos de la cláusula "ley del Estado". Qué alcance tiene definir el delito como violación de la "ley del Estado" y no como violación de la "ley natural"? Un jusnaturalista como FRANCK, citado por el mismo CARRARA en el mencionado pie de página, rechaza toda pretensión de derivar la noción de delito de la ley puesta por el hombre, reclamando en cambio la exclusiva referencia a la "ley suprema del derecho". Siguiendo esa línea de pensamiento, tal autor considera inadmisibles que una acción malvada sea lícita porque el legislador no la prohíbe como delito, o que una acción inocente sea criminal por el simple "capricho" del legislador al definirla como tal. Con estas ideas, deducidas coherentemente de principios jusnaturalistas, polemiza CARRARA, pero empieza por reconocer que ellas son inobjetable desde la perspectiva en que se encuentra FRANCK, y a ellas remite al legislador que quiera expedir leyes sabias y justas. Sin embargo, CARRARA no pierde de vista la factibilidad de que el legislador se desvíe de tales pautas; algo más, no olvida lo que al respecto enseña la experiencia histórica. ¿Qué hacer entonces con las provisiones legales que en un momento dado descono-

cen o se oponen a las directrices del derecho natural? FRANCK no vacila para afirmar que semejantes disposiciones no constituyen derecho; pero CARRARA tampoco duda en reconocerles naturaleza jurídica. FRANCK desenvuelve un pensamiento jusnaturalista sistemático; CARRARA se opone a él. Pero su aspiración jusnaturalista ha arraigado en su pensamiento con tanta magnitud que no puede abandonarla abruptamente y debe recurrir a un subterfugio: suponer que la ley "ha sido dictada de acuerdo con la suprema ley natural jurídica".⁽⁹⁾ Esta solución transaccional no constituye una verdadera solución del problema, y de ello se percata CARRARA, porque puede plantearse de nuevo de manera más radical: ¿qué ocurre si la ley que "se supone" dictada conforme a la ley natural posee un contenido completamente opuesto a lo que se supone es tal ley natural? Aquí no se puede eludir una definición y CARRARA lo comprende cuando de manera categórica y sin lugar a equívocos declara: "Nuestra definición conserva en el delito su última condición, esto es, la prohibición de la ley del Estado. Esta prohibición podrá ser buena o mala, justa o injusta, pero no obstante, permanecerá siempre como un hecho jurídico el que, en aquel Estado, es delito infringir tal prohibición".⁽¹⁰⁾ Semejante declaración deja muy pocas posibilidades para persistir en la creencia de que su autor sea jusnaturalista, pues se acerca sorprendentemente a más recientes elaboraciones positivistas que afirman la validez del derecho con independencia del valor justicia, es decir, que el derecho injusto también es derecho válido y ello porque la justicia no es valor que condicione la validez objetiva del Derecho.

La última declaración es formulada luego de oponerse enérgicamente a toda definición del delito que se haga sin referencia a la ley positiva, como consta en el siguiente aparte: "Ahora bien, si de la definición del delito quitáis la idea de la ley promulgada, vais a parar evidentemente en estas dos consecuencias: que al ciudadano le falta la regla escrita de la propia conducta, ya que el juez se convierte en legislador. Definid el delito como la 'violación de un deber social', o bien, con FRANCK (op. cit., pág. 133), como 'cualquier ataque a la seguridad y a la libertad, ya de la sociedad, ya de los individuos', y decidme después, si, frente a esta definición, no queda enteramente abandonado al fluctuante arbitrio del

(8) CARRARA, Francesco; ibidem; parágrafo 21; pág. 43.

(9) CARRARA, Francesco; ibidem; pág. 44.

(10) CARRARA, Francesco; ibidem; pág. 44.

juez el atribuir a una acción el carácter de delito, en los casos concretos.⁽¹¹⁾ Estas palabras recorren el velo que oculta la vocación positivista contenida en el pensamiento carrariano. Dijimos que si en KELSEN esa orientación se debe a rigurosas exigencias epistemológicas y metodológicas, en CARRARA tal postura es desarrollo de su pensamiento político. Para destacar esa procedencia ideológica conviene fijar dos ideas: a) el pensamiento clásico del derecho penal, de la más genuina estirpe liberal, opone un derecho penal como política. Si al sistema penal del Estado absolutista); b) el pensamiento clásico recoge la corriente codificadora desechando la tendencia consuetudinaria, representada ésta sobre todo en la escuela histórica de SAVIGNY. El pensamiento clásico, al menos en nuestra vertiente latina, tiene como referencia obligada la obra de BECCARIA, quien contrapone a un sistema absolutista de derecho penal vigente un sistema liberal de derecho penal como política. Si al sistema penal del Estado absolutista lo podemos caracterizar simplificadamente, a partir del interés del Monarca, como indefinición de conductas ilícitas, penas y procedimientos, al sistema propuesto por BECCARIA, que parte de la libertad personal como punto de referencia de la autoridad estatal, lo podemos caracterizar por la definición de los delitos (que debe ser estricta y previa como lo puntualizará con posterioridad el pensamiento jurídico), de las penas y de los procedimientos. Esas garantías no pueden alcanzarse a nivel de normas generales, pues el Monarca bien puede variar a su arbitrio todo el sistema, sino por medio de una organización estatal que separe las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, atribuyendo a una de ellas la ordenación general y a otra la decisión de los hechos particulares. Las definiciones delictuosas no deben establecerse a partir de la autoridad sino a partir de la libertad. Con esas perspectivas tomó cuerpo como doctrina la Escuela Clásica, y de ahí que la obra de CARRARA constituya en realidad una política criminal orientada a fijar pautas al legislador cuando en su función deba restringir la libertad individual; el casuismo de su obra no es más que un alegato en favor de la libertad que permita encontrar todas las líneas que perfilen la conducta que sea rigurosamente necesario prohibir, conforme al postulado de que el legislador solo tiene derecho a prohibir aquéllos comportamientos necesarios a una mínima exigencia de orden. Y si el pensamiento de CARRA-

(11) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 44.

RA es aprovechable actualmente en su mayor parte,* sobre todo en los delitos en particular, ello se debe a que nuestros legisladores han traducido en normas positivas sus enseñanzas. //

Desde este punto de vista liberal, opuesto a la tradición absolutista, el pensamiento clásico es un pensamiento revolucionario. Pero también lo es como insigne representante de la corriente codificadora. La escuela histórica, adalid de la costumbre sobretodo de estirpe romana, constituye evidentemente un pensamiento conservador.⁽¹²⁾ Nada compagina mejor con el sistema absolutista que una amplia facultad a los jueces en la determinación de los delitos y de las penas (a veces restringida por las ordenanzas reales), pues al fin de cuentas la costumbre requiere que los jueces reconozcan en ella una fuente de derechos y obligaciones. Pero a la vez, nada queda sometido a una condición más precaria que la libertad personal, y ello fue advertido por los clásicos con toda nitidez, quienes reclamaron en su salvaguardia una clara definición de los delitos, de las penas y de los procesos, a nivel general y por una autoridad investida de carácter representativo. La disputa a favor de la codificación o a favor de la costumbre representa, políticamente, el forcejeo entre el nuevo y el antiguo orden.⁽¹³⁾ Lo que tiende a demostrar que la defensa de la ley positiva como única fuente de la ilicitud penal nace, no por razones epistemológicas, sino del fin político de protección a la libertad personal. Esta es, justamente, la postura de CARRARA.

Parece contrastar el reconocido jusnaturalismo carrariano con el pensamiento positivista de FERRI. Desde el momento mismo en que la Escuela Positivista postula la "existencia" de un delito natural, precedente histórico y lógicamente a la noción legal del delito, es necesario un esquema a partir del cual sea dable sig-

* Los principios generales del derecho penal en la teoría carrariana son profundos. Una de las tareas importantes que podría trazarse un investigador contemporáneo sería la de examinar en qué medida los más recientes conceptos aparecen ya prefigurados en el Programa de Derecho Criminal. Solo que el estado de la teoría jurídica, que ha evolucionado después de él, no le permitía llegar todavía a elaboraciones acabadas.

(12) KELSEN, Hans; *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*; trad. de Eugenio Bulygin; Centro Editor de América Latina; 1969; pág. 136. Podría objetarse en contra lo ocurrido con el Common Law. Pero no puede perderse de vista la importancia que para las decisiones de los jueces han tenido los Bills of Rights, el más importante de los cuales se remonta al año de 1215.

(13) Es famosa la polémica entre THIBAUT y SAVIGNY. En su tesis contra la codificación, el último no deja de referirse con reluctancia al espíritu revolucionario de 1789. Cfr. Thibaut-Savigny; *La Codificación*; Trad. de José Díaz García; Ed. Aguilar; 1970; pág. 246.

nar una conducta como delictuosa, y ese esquema, obviamente, tiene que ser análogo a cualquiera empleado por las corrientes jusnaturalistas. Se afirma que el jusnaturalismo, en esencia, está presente en el pensamiento de CARRARA en la tendencia racionalista, pero ello no corresponde a la verdad. Mientras el positivismo penal italiano ha elaborado una noción del delito natural, la teoría clásica no lo ha intentado, o por lo menos no lo ha intentado CARRARA, reconocido como su eximio representante; por el contrario, no cesa un momento en su afán de elaborar solamente una definición legal del delito. "Un acto se convierte en delito sólo cuando choca con la ley; puede un acto ser dañoso, puede ser malvado, puede ser malvado y dañoso; pero si la ley no lo prohíbe, no es dado reprocharlo como delito a quien lo ejecuta".⁽¹⁴⁾ Y si todas las anteriores declaraciones no fueran suficientes, baste poner de relieve como, mientras los positivistas italianos pretenden elaborar una definición del delito como "acción" (desde el punto de vista "natural" y legal), CARRARA rechaza ese punto de partida: "Nótese que el 'delito' no ha sido definido como una 'acción', sino como una 'infracción'. Por lo tanto, su noción no se deduce ni del 'hecho material' ni de la 'prohibición de la ley', aisladamente considerados, sino del 'conflicto' entre aquél y ésta. Por consiguiente, la 'idea' del delito no es sino una idea de 'relación', es a saber, la relación de 'contradicción' entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el 'ente jurídico' al cual se da el nombre de delito, u otro sinónimo".⁽¹⁵⁾ Esa expresión, 'ente jurídico', por cierto que fue la piedra de escándalo para propugnar una noción antropológica del delito; pero si la ciencia del derecho tiene como su objeto la norma, escrita o consuetudinaria, su carácter es el de una ciencia normativa (jurídica) y no causal; la ciencia del derecho penal describe el delito como un ente ideal (delito-norma) y no como un ente fenoménico (delito - hecho). La actual teoría fundamental de derecho se encuentra mucho más cerca de CARRARA que de FERRI, autor éste a quien es necesario reconocer el inmenso mérito de impulsar el estudio de las ciencias causales de la delincuencia, que difieren por objeto y por método, de la ciencia jurídica. Una noción del delito como ente jurídico se encuentra más próxima al positivismo jurídico que la noción del delito natural (y aún que la noción del delito legal) defendida por los positivistas italianos. KELSEN puntualiza al res-

(14) CARRARA Francesco; ibídem pág. 45.

(15) CARRARA, Francesco; ibídem; págs. 50-51.

pecto: "La conducta que se adecúa al derecho no es el derecho, como tampoco lo es la que no se adecúa al mismo. El derecho y la conducta que se adecúa o no a él son dos cosas diferentes. 'Adecuación' designa una relación entre dos cosas que, precisamente porque se trata de una relación, no pueden ser idénticas".⁽¹⁶⁾ Claro que a ésta precisión solo se ha llegado muchos años después de la época de CARRARA, pero resulta notable que este autor se encuentre mucho más cerca de la moderna doctrina del delito como entidad ideal que los mismos positivistas italianos del derecho penal: la norma - delito, al fin y al cabo, es entidad ideal análoga a la idea de relación. La moderna doctrina de la tipicidad habrá de dar a la tesis de la "relación" de CARRARA su ubicación bajo la designación de "adecuación típica", concepto bien diferente del propio "tipo de delito".

Considero suficientes las anteriores razones para probar que las ideas fundamentales de CARRARA acerca del derecho penal están muy cerca del positivismo formalista. Digo cerca para designar positivismo jurídico puro a un sistema acabado de pensamiento. Fuera de las ideas fundamentales, la extensa obra carrariana tiene un sentido de política jurídica que pretende establecer "los preceptos que el legislador debe obedecer en el ejercicio de la alta misión de determinar qué acciones pueden ser consideradas como delito en el Estado gobernado por él",⁽¹⁷⁾ pero dejando a salvo su reconocimiento de que el legislador que no acate tales "preceptos" crea derecho válidamente objetivo, es decir, que la ley injusta es ley, pues al menos permite a los ciudadanos sustraerse del "fluctuante arbitrio del juez". Indagar la medida en que el pensamiento de CARRARA es un anticipo del positivismo jurídico constituye tema de investigación tan apasionante como lo es preguntar la forma como la teoría finalista de la acción está también en él prefigurada. Por eso no puede mirarse con sorpresa el retorno del pensamiento jurídico penal a los derroteros perfilados por CARRARA. Si, como afirma GARCIA MORENTE, en PARMENIDES encontramos el rumbo de todo el discursar filosófico en Occidente,⁽¹⁸⁾ CARRARA parece en trance de asumir el mismo papel para todo discursar jurídico penal.

(16) KELSEN, Hans; ibídem; pág. 19.

(17) CARRARA, Francesco; ibídem; pág. 44.

(18) GARCIA MORENTE, Manuel: Lecciones Preliminares de Filosofía; Editorial Losada; Buenos Aires, 1960; pág. 67.

MATRIMONIO Y DIVORCIO DE COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR A LA LUZ DEL NUEVO CONCORDATO Y DE LA LEY 1a. DE 1976

Pedro Escobar Trujillo

Primera Parte

I.- ANTECEDENTES.

Tema controvertido como pocos, en el Derecho Internacional Privado colombiano, ha sido el del matrimonio civil de colombianos en el exterior, en especial, tratándose de católicos, dadas las dificultades planteadas por el requisito de la apostasía previa, que era exigido por la Ley 54 de 1924 ó "Ley Concha".

La doctrina de los autores, tanto civilistas como canonistas, la del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Jurisprudencia de los tribunales osciló en este punto entre la tesis de la validez de tales matrimonios ante el Estado colombiano y la de su nulidad, llegándose en ocasiones a sostener la radical teoría de su inexistencia.

Para quienes, por cualquier circunstancia, no estén familiarizados con esta problemática, recordemos que de conformidad con el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1887 y que el Congreso aprobó por Ley 35 de 1888, el matrimonio de los católicos en Colombia solo producía efectos civiles, es decir, solo era válido ante el Estado, si se contraía de acuerdo con los ritos del Concilio de Trento (léase hoy: ritos del derecho canónico); en otras palabras, los católicos no podían contraer válidamente matrimonio civil, el que solo reá accesible a quienes profesaran religión distinta o no tuvieran ninguna.

Pero como se suscitaron grandes dificultades y aun conflictos entre las autoridades estatales y eclesiásticas para la adecuada aplicación de la anterior norma, cuando una persona que había sido bautizada en la religión católica manifestaba que había dejado de pertenecer a ella y pretendía que el funcionario del Estado autoriza su casamiento, fue menester regular adecuadamente esta situación, lo que se hizo por medio de la Ley 54, expedida a instancias del doctor José Vicente Concha previo acuerdo con la Sede Apostólica. Se definió en esta Ley que un católico solo podía casarse civilmente si hacía una declaración escrita ante el respectivo Juez, de haber abjurado de su antigua fe, declaración ésta que el Juez estaba obligado a poner en conocimiento del Obispo u Ordinario del lugar, sin que pudiera procederse antes de un mes a la ceremonia laica, en la que, por otra parte, debía ser reiterada la formal separación de la Iglesia; ello, siempre y cuando no se tratara de persona que hubiera recibido órdenes sagradas o hecho voto religioso solemne, pues en tal caso le quedaba vedado en forma absoluta el matrimonio civil.

Naturalmente, la Iglesia no reconocía como tal ese matrimonio civil de los apóstatas, a quienes, además, sancionaba con la excomunión, no propiamente por el acto civil en sí sino por su voluntaria abjuración. Pero ante el Estado sí eran plenamente válidas tales nupcias. Esto no dejaba de entrañar un problema jurídico verdaderamente insoluble, que fue apuntado desde un comienzo por los estudiosos: si el apóstata se reconciliaba después con la Iglesia y quería contraer por sus ritos un nuevo enlace con otra persona, aquella lo aceptaba y desde su punto de vista esta unión sacramental era la única válida, mientras que para el Estado era nula por subsistir con respecto a su legislación un vínculo válido anterior. Pero parece que en la práctica esta anómala situación apenas si se presentó.

Otra posibilidad para los católicos de contraer matrimonio civil válido sin apostasía, aunque de escasa aplicación en el hecho, se daba cuando, siendo ambos contrayentes extranjeros, se casaban conforme a la ley de su país ante el respectivo Agente Diplomático o Consular en Colombia, de acuerdo con lo establecido por la Ley 266 de 1938, que, por cierto, conserva su plena vigencia.

La anterior regulación, con todo y ser susceptible de críticas, era clara y no causó, aparte del especulativo que señalamos, mayores problemas, en tanto fue aplicada dentro de las fronteras patrias. Pero sí era discutible el evento de que un católico colombiana-

no contrajera matrimonio civil en el exterior conforme a las leyes del respectivo país, obviamente sin el requisito de la previa apostasía formal de que hablaba la Ley Concha, que el funcionario competente extranjero no tenía por qué cumplir. Desde el punto de vista de la doctrina de la Iglesia, que no acepta por principio el matrimonio civil para sus fieles,⁽¹⁾ indudablemente el acto jurídico en cuestión carecía de validez y según algunos comentaristas hasta de existencia,⁽²⁾ bien que sin hacerse el católico pasible de excomunión, precisamente por no mediar su declaración formal de abandono de la religión, aunque sí de penas canónicas menores. En cambio, la solución no era tan fácil mirando las cosas desde el punto de vista del ordenamiento estrictamente colombiano, como resulta de los distintos conceptos emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la Nación.⁽³⁾

El asunto se complicó además en cierta medida, en vista de un hecho social que se fue generalizando en los últimos años: el de la pareja de colombianos casada válidamente (por lo común canónicamente), que luego obtenía en el exterior una sentencia de divorcio vincular y prevalidos de ella uno de los cónyuges (o ambos) volvía a casarse con tercera persona, por lo civil, también en otro país. En cuanto a los efectos civiles de este segundo matrimonio, poca duda cabe de que no los producía en Colombia, con prescindencia de que el primer matrimonio hubiera sido canónico o no, toda vez que el derecho colombiano no admitía —hasta la promulgación de la Ley 1ª de 1976— la disolución del vínculo por divorcio y teniendo en cuenta que los colombianos estaban enteramente sometidos hasta entonces a la ley nacional (“estatuto personal”) en materia de estado civil (artículo 19, numeral 1º, del Código Civil.⁽⁴⁾) Pero sí despertaba alguna inquietud en cuanto a sus implicaciones penales, esto es, a si ese segundo matrimonio configuraba un delito de bigamia o no. Es verdad que este último

(1) Salvo tal vez casos demasiado excepcionales y sutiles, como cuando en el respectivo país es imposible legalmente la celebración religiosa, pues entonces los católicos pueden prestar su consentimiento ante la autoridad civil y tal matrimonio será válido para ellos e inclusive sacramento.

(2) Así, el Padre Hernán Arboleda Valencia en “El matrimonio civil de colombianos católicos en el exterior: ¿nulidad, validez o inexistencia?” Editorial Carvajal, Bogotá, 1963.

(3) Cfr. Memoria de Relaciones Exteriores de 1963 ó diversas sentencias judiciales en que se abordó la materia.

(4) Hoy lo siguen estando, menos en lo tocante con divorcio, acerca del cual se ha adoptado una mezcla de ley nacional y ley del domicilio, que en su lugar se estudiará.

aspecto no mereció los mismos estudios teóricos que el de los efectos civiles y no se sabe que se hubiera incoado causa criminal contra nadie por un hecho de esta índole; pero de todos modos, no dejaba de ofrecer interés y era pregunta casi obligada en conversaciones o disertaciones sobre el tema. De otro lado, estos segundos matrimonios civiles en el exterior, sin disolución válida del primer nexo conyugal, fueron uno de los motivos declarados por el Gobierno Nacional para insistir en la aprobación del divorcio perfecto, que al fin plasmó en la citada Ley 1ª de 1976, como una manera de poner fin a la proliferación de esa conducta irregular, por la cómoda vía de legalizarla.

Cabe advertir, por último, que lo anterior se modificaba sustancialmente cuando se trataba de una relación matrimonial o de un divorcio conectados con cualquiera de los Estados partes en el primer Tratado de Montevideo sobre derecho civil (1889), vigente entre Colombia, Perú, Bolivia, Argentina, Uruguay y Paraguay y cuyas disposiciones, que prevalecen sobre las del derecho interno de cualquiera de los países miembros, siguen en vigor. Basta decir por el momento que, a diferencia de lo preceptuado en el aludido numeral 1º del artículo 19 del Código Civil, el Tratado de Montevideo consagra la ley del domicilio conyugal para regular las relaciones personales derivadas del matrimonio y el divorcio, y la "lex loci celebrationis" para las formalidades externas de la boda. En consecuencia, y a título de ejemplo, el matrimonio de un colombiano, católico o no, en Uruguay, en donde la única forma válida es la civil, sin que se contemple apostasía ni ninguna otra manifestación sobre las creencias religiosas del contrayente, será asimismo válido en los demás países signatarios (Colombia incluida, desde luego) solamente si se celebró atendiendo a esas prescripciones de forma de la legislación Uruguaya, vale decir, si se realizó ante el funcionario civil competente de este último país y con las solemnidades allí establecidas. Y rebuscando un poco en las normas del Tratado, se llegaba incluso a encontrar un caso excepcional en el que en Colombia había que aceptar la disolución de un matrimonio válido, por sentencia de divorcio, ya que las causales de éste dependen, en dicho Acuerdo internacional, artículo 13) de la ley del domicilio conyugal, siempre que sean admitidas también por la del lugar de celebración; así, en la hipótesis del colombiano casado en Uruguay, si en este mismo país se fija el domicilio de la pareja, puede obtenerse un divorcio vincular válido y reconocido en todos los países miembros, por una causal señalada en la Ley Uruguaya, que, entre otras cosas, se caracte-

riza por ser de las más liberales del mundo a este respecto, como que el divorcio puede dictarse por el mutuo acuerdo de los esposos y hasta por "la sola voluntad de la mujer".⁽⁵⁾ El otro tratado concertado por Colombia sobre derecho internacional privado, con el Ecuador (1903), aun cuando también enuncia el principio de la ley del lugar, lo atenúa con la salvedad de que no se contravenga **en modo alguno** lo dispuesto por la legislación del otro Estado, so pena de que la contravención surta en éste los mismos efectos que si se hubiere cometido en él. De ahí que la aplicación de este Tratado no ha conllevado mayores variaciones a las normas internas de los Estados. Por lo mismo, si durante la vigencia en Colombia de la "Ley Concha" un católico colombiano se casaba por lo civil en el Ecuador sin apostasía, ese matrimonio no tenía efectos en Colombia, como tampoco el divorcio vincular dispuesto por un juez ecuatoriano mientras el derecho colombiano rechazó esa institución.

II.- LA NUEVA NORMATIVIDAD.

Planteamiento general. Validez tanto del matrimonio católico como del civil sin previa apostasía.

Como se sabe, Colombia y la Santa Sede negociaron un nuevo Concordato en sustitución del de 1887, aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 20 de 1974 y que entró en vigencia al producirse el canje de los instrumentos de ratificación el 2 de julio de 1975. En virtud del mismo, el Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio católico, pero éste ha dejado de ser obligatorio para los miembros de dicha religión, quienes por lo tanto pueden optar por el matrimonio civil que les producirá también plenos efectos ante el Estado, ya sin necesidad de la apostasía de la Ley 54 de 1924, la cual ha sido derogada por el artículo 2º de la prementada Ley 20 de 1974. Quede en claro de una vez, para disipar equívocos que en torno a esta cuestión no han dejado de presentarse, que la opción solo se refiere a los efectos jurídi-

(5) Jaime Rodríguez Fonnegra sostuvo en su obra "De la Sociedad Conyugal", tomo II, pág. 499, nota 5, que el Tratado de Montevideo no rige para Colombia por no haber sido publicado su texto en el Diario Oficial. Empero, la práctica diplomática, amén de la mayoría de los expositores, lo reputa vigente y como tal figura en las recopilaciones oficiales y privadas de Tratados y Convenios. (V. por ejemplo la más reciente de todas, que es la de Germán Cavalier Gaviria, publicada en septiembre de 1975, Editorial Kelly, pág. 70).

cos que pudiéramos llamar "laicos" o "estatales" del matrimonio y que en modo alguno significa que por el nuevo Concordato los católicos puedan, en conciencia, casarse solo civilmente, pues la Iglesia sigue manteniendo su doctrina de que el único matrimonio válido para el católico es el mismo sacramento administrado canónicamente, y que quienes no se conformen a ello están en mero concubinato; si bien no merecen, como arriba se dijo, la excomunión, pues su pecado no supone que hayan dejado de pertenecer a la comunidad de los fieles. Por lo tanto, lo que en adelante se diga sobre validez de matrimonio civil deberá entenderse con relación al Estado, exclusivamente. (6)

Luego, de modo coherente con lo ofrecido por el actual Presidente de la República en su campaña electoral, la Ley 1ª de 1976 vino a introducir en nuestro derecho el divorcio vincular, institución que solo había sido conocida durante un brevísimo lapso, allá por mediados del siglo XIX. Pero respetando, como era apenas natural, el principio concordatario, su viabilidad se restringió a los matrimonios civiles, conservando los canónicos el carácter de indisolubles para la Iglesia y para el Estado. (cfr, el claro temor literal del artículo 1º de la ley, modificativo del 152 del Código Civil, que habla de la disolución del matrimonio civil y no de la disolución de los efectos civiles del matrimonio, como querían algunos parlamentarios, con la disimulada intención de que el Estado pudiera extender el divorcio vincular a los matrimonios católicos; fórmula que ciertamente hubiera contrariado al menos el espíritu del nuevo Concordato, pues éste no fue otro que el de que la legislación civil reconociera al matrimonio católico con todas las consecuencias a él inherentes según la Iglesia. (7)

(6) Es de advertir, sí, que el artículo 7º del actual Concordato supedita el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico a la inscripción de la correspondiente acta eclesiástica en el Registro del Estado Civil, luego en el fondo es este acto administrativo el que confiere efectividad al matrimonio católico con respecto al Estado colombiano y mientras no se cumpla no hay tal reconocimiento. Esto marca una diferencia fundamental con la regulación anterior, en la que la celebración canónica "per se" producía los efectos civiles y su registro civil era un simple requisito probatorio que podía verificarse o suplirse en cualquier tiempo. Resta preguntar si ahora la inscripción tendrá efectos retroactivos al momento de la ceremonia o no.

(7) Es de recordar aquí que la indisolubilidad de un matrimonio válido, conforme al derecho canónico, tiene las conocidas excepciones de la dispensa papal al matrimonio rato no consumado y del llamado privilegio de la fe o "paulino", con la aclaración de que este último es para aquellos matrimonios contraídos por personas no bautizadas, o sea matrimonios no católicos en su origen pero sí verdaderos y legítimos, cuando posteriormente uno de los cónyuges abraza el catolicismo y el otro, a causa de ello, se niega a convivir pacíficamente con el convertido.

Las nuevas circunstancias legales suponen una variación notable en las normas e interpretaciones atinentes al matrimonio y al divorcio de colombianos en el exterior, y es esto lo que nos proponemos puntualizar enseguida.

1. MATRIMONIO DE COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR.

1.1. Acogida general de la regla "locus regit actum"

La nueva legislación simplifica esta cuestión, que antes, como ya se dijo, presentaba aristas harto problemáticas.

En primer lugar, debe anotarse que aunque se carece de una norma expresa en las fuentes internas de nuestro Derecho Internacional Privado acerca de la forma extrínseca del matrimonio, se acepta generalmente la regla "locus regit actum", o sea que en Colombia es válido un matrimonio contraído en el exterior de acuerdo a las formalidades externas que la ley del respectivo país fije; regla ésta que de modo explícito sí figura consignada en el Tratado de Montevideo de 1889 sobre derecho civil, (artículo 13) a que ya se hizo referencia y también en el Tratado colombo-ecuatoriano de 1903, con la enorme excepción arriba comentada. Y si bajo el imperio de la ley 54 de 1924, la conclusión no pareció tan fácil en tratándose de matrimonio civil de católicos colombianos en el exterior, sin previa abjuración, fue justamente porque lo que se discutía era si este último requisito —la apostasía— era de simple forma (como sostenía, por ejemplo, el exProcurador General de la Nación doctor Andrés Holguín), caso en el cual ciertamente no tenía por qué cumplirse en un país donde no fuera exigido y por lo tanto ese matrimonio debía producir plenos efectos en Colombia, o si, como querían otros, era un requisito de fondo, que se traducía en la **capacidad** misma del católico colombiano para poder contraer matrimonio civil y que como tal se regía por la ley colombiana al tenor de lo ordenado por el artículo 19 numeral 1º del Código Civil.

Desaparecido ya el obstáculo en el derecho interno, a fortiori desaparece en el Derecho Internacional Privado, vale decir, que el matrimonio civil de colombianos en el exterior, celebrado de conformidad con las leyes del respectivo país, debe ser reconocido hoy en día como plenamente válido en Colombia, cualquiera sea la religión de los contrayentes.

1.2 Precisiones necesarias en la aplicación de la regla "locus regit actum".

Pero conviene hacer ciertas precisiones en cuanto a la precedente afirmación.

En efecto, si aceptamos la regla "locus...", y en el país en el cual se va a celebrar el matrimonio de un colombiano, la forma civil es la única admitida por la legislación, ese colombiano, aunque sea católico practicante, tendrá que acudir a ella si quiere que en Colombia su matrimonio le produzca efectos ante el Estado; o sea que es un caso en que el matrimonio civil se torna obligatorio para el colombiano, quien si se limitara a la celebración religiosa, quedaría casado para su conciencia y para la Iglesia, pero no frente a la ley colombiana. En cambio, si se trata de un país en que sea imperativa la forma religiosa —que todavía los hay—, el colombiano adepto a la respectiva religión y que allá pretenda casarse, deberá hacerlo por los ritos de aquella para que su matrimonio sea válido aquí; estaríamos entonces en presencia de un supuesto, excepcional pero posible, en que se conserva la obligatoriedad del matrimonio religioso para un nacional colombiano. Si, por último, se trata de un país en el que sea optativa la forma civil o la religiosa, cualquiera de ellas que escoja el colombiano será idónea para que su matrimonio tenga efectos en Colombia.

1.3 Matrimonio celebrado en países miembros del Tratado de Montevideo y en el Ecuador.

Lo que acaba de decirse es perfectamente aplicable a los matrimonios verificados en los países ligados al Tratado de Montevideo sobre derecho civil de 1889, o en el Ecuador, ligado a Colombia por el Tratado de 1903.

1.4 El problema de la retroactividad (conflicto de leyes en el tiempo).

Ya se señaló la incertidumbre que existía sobre la condición jurídica de los matrimonios civiles celebrados en el exterior por colombianos católicos no apóstatas, bajo la vigencia del antiguo Concordato y de la Ley 54 de 1924 en países no signatarios del Tratado de Montevideo ni en el Ecuador. Empero, la jurisprudencia se venía inclinando en los últimos años, preferentemente, por la tesis de su nulidad absoluta, como la de mejor sustentación.

Asumiendo esa consecuencia, cabe preguntar ahora, ante la desaparición de la causal de nulidad, en qué situación legal vienen a quedar tales matrimonios, desde que no haya mediado, claro está, sentencia ejecutoriada declarativa de la nulidad. En otras palabras, ¿la desaparición de la causal opera retroactivamente o no y por lo tanto se convalidan o no los matrimonios que de ella adolecían?

Debemos confesar que es una pregunta cuya respuesta no nos parece fácil y para la que, por lo pronto, solo nos atrevemos a ensayar algunos conceptos vacilantes. Es que nuestro sistema de conflicto de leyes en el tiempo —o sea lo que algunos llaman "derecho intertemporal"— contenido principalmente en varias disposiciones de la Ley 153 de 1887, no previó de manera expresa, a pesar de su casuismo, el tránsito de legislación en materia de nulidades; si bien otras normas y principios pueden suministrar cierta orientación.

En primer lugar, el artículo 23 del Código Civil, recalcado por el 20 de la precitada Ley 153 de 1887, dice que el estado civil de una persona adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución subsistirá aunque aquella ley fuere después abolida.

Esta norma recoge una idea jurídica más o menos universalmente respetada, pero que nos permite razonar, un poco a contrario sensu, que si un presunto estado civil no pudo adquirirse válidamente bajo el imperio de una ley, la situación creada debe subsistir como tal, esto es, con el vicio de nulidad, aunque la ley que estableció el impedimento sea posteriormente abrogada; en otros términos, lo que se constituyó bien continúa bien, lo que se constituyó viciado continúa así, no obstante que lleguen a variar los marcos legales.

En estas condiciones, nada obsta para que hoy se profiera sentencia de nulidad de un enlace de los que estamos considerando, no importa que, si se fuera a celebrar ahora, sería válido.

Es verdad que psicológicamente obra como una especie de presión a rechazar por infundada la solución anterior, quizá pensando en aquello de la ley permisiva o favorable en materia penal. Pero es claro que esto último se refiere de modo privativo a las infracciones de la ley criminal, ora catalogadas como delitos o como contravenciones y que no hay por qué extenderlo al campo de las sanciones civiles de los actos jurídicos, que se rigen por sus propios principios. Analizando, pues, las cosas con ánimo despre-

venido, no creemos que exista suficiente apoyo en el derecho colombiano para sostener que esos matrimonios resultaron automáticamente convalidados por la entrada en vigencia de una ley que suprimió el motivo de nulidad del cual sufrieron en su nacimiento.

Antes bien, al repasar nuestra historia legislativa, hallamos un antecedente de significación en favor de la tesis que acabamos de exponer. Hasta 1887 únicamente se consideraba válido el matrimonio civil, pero gran parte de los colombianos se casaban solo canónicamente, por lo cual sus matrimonios aparecían nulos ante el Estado. La Ley 57 de 1887, en su artículo 12, confirió validez para todos los efectos civiles a los matrimonios católicos; sin embargo, se estimó que por esta sola norma no quedaban cobijados los matrimonios católicos anteriores y por ello otra norma, el artículo 19 de la misma Ley, expresamente les dio validez retroactiva. Poco después, la Ley 153 de 1887 sentó una regla más general, aunque de todos modos giraba en torno a un supuesto muy específico acorde a las circunstancias político-religiosas de la época, cuando en su artículo 21 dispuso que **por ley posterior** (subrayado nuestro) un matrimonio podrá declararse celebrado desde tiempo pretérito y válido en sus efectos civiles, a partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país. El artículo 50 de dicha Ley 153 fue precisamente una norma posterior en desarrollo de la regla consignada en el 21: "Los matrimonios celebrados en la República en cualquier tiempo, conforme al rito católico, se reputan legítimos y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio, en cuanto este beneficio no afecte derechos adquiridos."

Como se ve, el legislador de 1887, enfrentado a la resolución de un problema conceptualmente similar al que ahora nos ocupa, fue del parecer de que el matrimonio nulo no era convalidado "ipso jure" por la nueva ley sino que era preciso una declaratoria explícita en tal sentido. Declaratoria que justamente es la que se echa de menos en la legislación matrimonial recientemente expedida.

Por supuesto que la nulidad puede sanearse, mediante el cumplimiento de las solemnidades a que por ley está sujeto el acto que se ratifica, como reza el artículo 1753 del Código Civil, vale decir, realizando de nuevo la ceremonia civil, ya sin la apostasía que en un principio se omitió, para que los efectos del matrimonio se retrotraigan a la fecha de su inválida celebración inicial.

1.5 Observación sobre otras causales de nulidad.

Ahora bien: estamos estudiando la validez del matrimonio civil en el exterior por el aspecto meramente formal, con referencia por lo tanto a casos en que según la ley colombiana los contratantes estén, fuera de toda duda, en capacidad o libertad de casarse; en otras palabras, que sean solteros o que su matrimonio anterior haya sido válidamente disuelto para nuestro derecho. Porque puede ser distinto el tratamiento jurídico del problema cuando se trata de matrimonio civil en país extranjero de personas que, estando legalmente casadas para la ley colombiana, obtienen divorcio en el exterior de su vínculo conyugal; sobre lo cual volveremos más adelante, en la segunda parte de este ensayo, que versa sobre divorcio de colombianos en el exterior.⁽⁸⁾

Por otra parte, en cuanto a las restantes condiciones de validez, los matrimonios civiles de colombianos en el exterior se rigen por la ley colombiana al tenor del tantas veces citado artículo 19 numeral 1º del Código Civil, lo que significa que serán aplicables las causas de nulidad enumeradas en el artículo 140 de dicho Código y leyes que lo complementan (como los artículos 13 y 14 de la Ley 57 de 1887, excepto el numeral 1º del artículo 13 por versar precisamente sobre formalidades). Pero debe tenerse en cuenta que si el matrimonio se contrajo en cualquiera de los Estados miembros del Tratado de Montevideo de 1889, su existencia y validez se rigen por la ley del lugar de la celebración, bien que otro de tales Estados puede negarse a reconocerlo cuando se presente, conforme a su propia legislación, uno de los impedimentos enunciados en el artículo 11 del Tratado, relativos a falta de edad de los contrayentes, parentesco de consanguinidad en línea recta o entre hermanos, conyugicidio o vínculo anterior no disuelto legalmente. Y si se contrajo en el Ecuador, la capacidad de los cónyuges se regula por su ley nacional (artículo 9º del Tratado de

(8) No está por demás recordar que en el derecho colombiano el matrimonio, si es civil, se disuelve, según el texto actual del artículo 152 del Código Civil: "Por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado.

Si el matrimonio es católico, su disolución para el Estado colombiano tiene lugar conforme al derecho canónico, esto es, por la muerte real de uno de los cónyuges y por dispensa del matrimonio rato y no consumado. Existe además la disolución por el "privilegio de la fe" o "privilegio paulino" para matrimonios que no se contrajeron católicamente pero que la Iglesia reconoce como legítimos y válidos, institución de la que se hizo mención supra, en nota.

De otro lado, es obvio que tanto una unión matrimonial civil como una católica pueden terminar porque se declare judicialmente su nulidad, aunque técnicamente esto no equivale a su disolución, que supone un vínculo válido.

1903), en tanto que los impedimentos dirimentes (sic) o sea los motivos de nulidad, se rigen igualmente por la ley colombiana (artículo 11 *ibídem*).

2. DIVORCIO DE COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR.

2.1 **Idea directriz: Admisión del divorcio para los matrimonios civiles, no para los canónicos.**

Los artículos 13 y 14 de Ley 1ª de 1976 ordenan nuevos textos de los artículos 163 y 164 del Código Civil, con el fin de aceptar en Colombia los efectos de una sentencia de divorcio vincular dictada en otro país. Antes, como vimos, el derecho civil colombiano no permitía la disolución del vínculo conyugal por divorcio y el artículo 19 del Código Civil consagraba de manera rígida la sujeción del colombiano a la ley nacional en todo lo concerniente a estado civil (salvo las formalidades para constituirlo), por lo que no había la menor duda de que un divorcio obtenido en el exterior por un colombiano era absolutamente ineficaz aquí, en donde, a pesar de cualquier apariencia social contraria, el matrimonio —civil o católico— cuya disolución se decretaba por juez extranjero continuaba siendo el único válido para todos los efectos jurídicos. Esta afirmación constituía un verdadero punto pacífico de derecho, que inclusive había sido refrendado en alguna ocasión por una norma positiva.⁽⁹⁾ La única excepción se encontraba en el artículo 13 del Tratado de Montevideo, que mencionamos ya en la primera parte de este estudio, a la que nos remitimos.

Hoy, el artículo 19 del Código Civil, básico en nuestro Derecho Internacional Privado por regular el estatuto personal, ha sido parcialmente modificado por los nuevos textos arriba citados, que en materia de divorcio introducen primordialmente la "lex domicilii".

Se prevén al efecto dos hipótesis: el divorcio en el exterior de un matrimonio civil celebrado asimismo en el exterior y el divorcio en el exterior de un matrimonio civil celebrado en Colombia.

Como se ve, solo se habla de divorcio para los matrimonios civiles, pues en cuanto a los canónicos, repetimos que el derecho colombiano los acepta con su nota esencial de la indisolubilidad. Por

(9) Artículo 786 del antiguo Código Judicial (Ley 105 de 1931), que estuvo vigente hasta el 30 de junio de 1971.

consiguiente, para los matrimonios católicos la situación permanece exactamente igual a la de antes de las reformas en comento, o sea que los divorcios de tales matrimonios logrados por colombianos en el exterior y los subsecuentes casamientos civiles fuera del territorio patrio con terceras personas (práctica tan socorrida en algunos medios) no generan en Colombia los efectos jurídicos que quisieran los interesados; salvo algún caso excepcional y más bien teórico derivado del ya aludido sistema de Montevideo y que precisaremos un poco más adelante (número 2.2.7).

No sobra aclarar que en el país extranjero de conformidad con cuyas normas se haya decretado el divorcio del matrimonio católico y en aquel en donde se hubiere celebrado posteriormente el matrimonio civil (que puede ser diferente del primero) dichos actos sí son desde luego válidos y podrán serlo también en otros países en donde la aplicación de sus propias reglas de Derecho Internacional Privado conlleve esa conclusión. Así, pues, el colombiano casado católicamente en Colombia que se divorcie en México según las leyes mexicanas y se case luego por lo civil en el mismo México o en Panamá, puede invocar en estos dos países (con los que Colombia no tiene tratado alguno sobre la materia) la legitimidad de su nuevo vínculo conyugal con los derechos y obligaciones a él inherentes, mientras que en Colombia ese vínculo queda afectado de nulidad con las consecuencias que de este fenómeno jurídico se desprenden en nuestro derecho y conserva su plena vigencia jurídica el primigenio enlace eclesiástico.

Cosa bien distinta es si el colombiano casado católicamente viaja a otro país y sin siquiera obtener allí previo divorcio contrae matrimonio civil, lo que según parece se viene presentando últimamente con alguna frecuencia: ese matrimonio civil tampoco será válido ni en el país de la celebración, ya que con excepción de los pocos en donde subsiste la institución de la poligamia, en todos los ordenamientos jurídicos se contempla la existencia de un vínculo anterior no disuelto como impedimento o causal de nulidad de unas segundas nupcias; y aunque en el país extranjero de que se trate no se concedan efectos al matrimonio católico, esta actitud legal negativa recae exclusivamente sobre el que llegare a celebrarse en su territorio, mas no sobre el celebrado con anterioridad por nacionales de otro Estado conforme a su propia legislación que sí le atribuya validez (para el caso Colombia), porque éste dio lugar, sin duda, a un estado civil debidamente adquirido o constituido que debe ser respetado en todas partes. El he-

cho de que después, en un país que no sea Colombia, se autorice por el funcionario competente el matrimonio civil de colombianos sin mediar divorcio del vínculo religioso válido en Colombia, pensamos que solo halla explicación satisfactoria en el ocultamiento que el contrayente haga de la condición de casado en su país de origen.

Lo que acabamos de decir es extensivo, en nuestro concepto, al caso de colombianos que hubieren contraído fuera de Colombia un matrimonio católico que sea válido aquí según las reglas expuestas en la primera parte de este estudio; y no lo será en cambio si el matrimonio católico contraído en el exterior, según esas reglas, no es apto para producir efectos civiles en nuestro país, hipótesis en la cual creemos sostenible que el colombiano así casado para la Iglesia, mas no para el Estado colombiano, puede contraer, sin más, vínculo civil en otro Estado que tampoco lo considere casado y que el nuevo vínculo será el válido ante el derecho colombiano. Porque cuando afirmamos que éste acoge los matrimonios católicos con su nota esencial de indisolubilidad, es claro que nos referimos a aquellos que, conforme al mismo derecho, son válidos por haberse celebrado con la correcta aplicación de la regla "locus regit actum" o de los convenios internacionales que rigen sobre el asunto, no a todos los demás.

2.2 El divorcio en el exterior de matrimonio civil celebrado por colombianos en país extranjero.

2.2.1. Norma General

Según el artículo 163 (nueva redacción) del Código Civil, el divorcio en este caso se regirá por la ley del domicilio conyugal, entendiéndose por tal el lugar en donde los cónyuges viven de consuno, o el domicilio del cónyuge contra quien se instaura la demanda si ya la vida en común ha cesado.

Por lo tanto, para esta clase de matrimonio solo son causales de divorcio las que indique la ley del domicilio conyugal, coincidan o no con las que consigna la ley colombiana y es indiferente, por lo demás, que los cónyuges sean colombianos o extranjeros, católicos o acatólicos, bien, que, repetimos, en este artículo solo que-remos considerar la situación de los nacionales colombianos.

2.2.2. Competencia judicial

No es necesario, en cambio, que el juicio de divorcio se gestione ante un juez del domicilio conyugal, pues la competencia judicial puede estar determinada eventualmente por otros factores.

En tal supuesto, lo importante, para que la sentencia dictada por el juez de un tercer Estado produzca efectos en Colombia, a más de estar debidamente acreditada su competencia, es que, por una parte, haya fallado acatando las causales fijadas por la ley del domicilio conyugal y aplicando sí, en cuanto al procedimiento, las normas de la "lex fori", ya que éste es el principio imperante al respecto; y que, de otro lado, se satisfagan los requisitos señalados en el Código de Procedimiento Civil Colombiano sobre cumplimiento de sentencias de tribunales extranjeros, entre ellos el trámite del "exequátur" por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Art. 693 a 695 del Decreto 1400 de 1970).⁽¹⁰⁾

2.2.3. Digresión relativa a competencia del Juez colombiano

También cabe que a un juez colombiano toque conocer del juicio de divorcio, según las reglas de nuestra legislación procesal relativas a competencia territorial (artículo 23, numerales 1 y 4 del Código de Procedimiento Civil). Dado que el punto puede prestarse a confusión y habida cuenta de la utilidad práctica que entraña clarificarlo, se justifica que lo tratemos con algún detalle, pese a que desborda la temática general de este estudio, que se contrae a matrimonio y divorcio verificados en el exterior.

En primer lugar, valga afirmar de modo general que si el matrimonio civil se celebró en el exterior, el proceso de divorcio podrá ventilarse en Colombia en el caso de que el cónyuge demandado tenga acá su domicilio (numeral 1 de la disposición procedimental citada o sea el artículo 23 del Decreto 1400 de 1970) o cuando el último domicilio conyugal común haya estado en territorio nacional (numeral 4 ibídem). Armonizando, pues, los conceptos

(10) No está por demás recordar que ciertas sumisiones voluntarias de las partes a una jurisdicción no determinada por el domicilio o por otro factor con el que se tenga una conexión efectiva son catalogadas de nulas por la doctrina (Cfr. por ejemplo Carlos Alberto Lazcano, "Derecho Internacional Privado", Editora Platen-se, 1965, pág. 630, quien habla concretamente de los ya famosos "divorcios mexicanos").

referidos del Código de Procedimiento Civil con los del nuevo artículo 163 del Código Civil, tenemos estas posibilidades:

(A) La vida en común ha cesado (que será lo usual) y el cónyuge demandado vive en Colombia: este país será el domicilio conyugal conforme a la extraña calificación o definición que trae el supramentado nuevo texto del artículo 163 del Código Civil y la acción podrá ser entablada ante el juez correspondiente al domicilio que en Colombia tenga el demandado (artículo 23, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil); tal juez colombiano deberá aplicar entonces al divorcio no solo las normas procesales de la ley colombiana sino también las sustantivas, por coincidir la "lex domicilii" con la "lex fori".

(B) La vida en común ha cesado y el cónyuge demandado no vive en Colombia, pero sí el demandante: con la condición de que la convivencia haya sido por última vez en Colombia y que el cónyuge demandante continúe vecindado en el mismo municipio (por ser esta comprensión territorial la que en nuestro derecho interno determina el concepto de domicilio a efectos civiles) el juicio de divorcio podrá tramitarse ante el juez colombiano correspondiente a este último domicilio que aquí hubiera tenido la pareja (artículo 23, numeral 4, del Código de Procedimiento Civil); pero de ningún modo Colombia constituirá domicilio conyugal como lo entiende el artículo 163 del Código Civil y por ello el juez colombiano que conozca del asunto deberá aplicar las normas sustantivas del país en donde se haya radicado el cónyuge demandado, ya que ese será el domicilio conyugal para la aplicación de la norma de conflicto de leyes que acaba de citarse.

(C) La vida en común, al momento de presentarse la demanda de divorcio, la mantienen los cónyuges en Colombia: este país será el domicilio conyugal (definición del artículo 163 del Código Civil) y la pretensión divorcista podrá deducirse ante el juez colombiano correspondiente al lugar del territorio nacional en donde vivan (numerales 1 ó 4 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil); en este evento, que será de seguro poco frecuente aunque teóricamente posible, el juez colombiano también (como en la hipótesis descrita en la letra A), deberá aplicar las normas sustantivas y adjetivas de su propia legislación sobre divorcio.

Creemos que no hay supuestos diferentes que permitan a un juez colombiano avocar el conocimiento de un divorcio relativo a un matrimonio civil celebrado en el exterior.

2.2.4. Caso de que los cónyuges hayan contraído matrimonio católico no reconocido en el país extranjero.

Puede ser de común ocurrencia. Ejemplo: una pareja de colombianos católicos se casa en Francia, obviamente por lo civil porque es la única forma reconocida por la ley francesa, pero luego, en razón de su fe religiosa, lo hacen también por la Iglesia, en Francia y en este mismo país se domicilian. Más tarde, intentan allá el divorcio.

Es verdad que han contraído matrimonio católico y que éste es indisoluble; pero también lo es que el matrimonio celebrado ante el Estado fue el válido "ab initio" a efectos civiles, tanto en Francia como en Colombia (por la regla "locus regit actum") y que su ulterior ratificación eclesiástica no le pudo aportar ningún elemento adicional de validez civil, o lo que es lo mismo, civilmente dicha celebración sacramental sería un acto irrelevante, neutro, por lo que tampoco es razonable sostener que le comunica jurídicamente al matrimonio otras características, como la tocante a indisolubilidad. En conclusión el divorcio vincular que decretara un tribunal francés con respecto al acto civil, sería idóneo en Colombia para disolver el nexo conyugal, aunque en su conciencia de católicos, claro está, esos esposos deban considerar que su estado de casados perdura. (11)

2.2.5. Caso de que en el país extranjero no exista el divorcio vincular.

Supongamos que el matrimonio civil se realizó en uno de los pocos países en los que aún no se ha implantado la disolubilidad

(11) Aunque una vez más nos salgamos un poco del tema de este estudio, que se concreta a matrimonio y divorcio en el exterior, es interesante observar que el caso puede presentarse también en Colombia, pues nada impide entre nosotros la celebración de una boda católica para una pareja que antes solo la hubiera realizado civil. Aquí hay, ciertamente, un aspecto no incluido en el ejemplo dado arriba y es que el matrimonio canónico también produce civilmente sus plenos efectos, a diferencia de lo que sucede en derecho francés. Con todo, nos parece que para el Estado no puede haber otro matrimonio válido que el primeramente celebrado por lo civil, que se ajustó cabalmente a su regimentación legal; admitir que el matrimonio eclesiástico posterior es el que prima, equivaldría a que el Estado desconociera su ordenamiento positivo. Así que el juez civil podrá pronunciar sentencia de divorcio vincular respecto al contrato civil, efectiva ante el Estado, bien que no ante la Iglesia. A la inversa, si primero se celebró la boda canónica y luego los contrayentes quisieron casarse ante la autoridad civil, este segundo matrimonio no sería superior al primero ni le comunicaría la característica de la disolubilidad por divorcio, pues también el primero había sido plenamente válido para el Estado colombiano con todas sus implicaciones.

del vínculo por divorcio, v. gra. España o el Brasil. Es evidente que si allí está situado el domicilio conyugal, lo máximo que podrán obtener los consortes desavenidos será el llamado divorcio imperfecto o separación de cuerpos; y como según el Derecho Internacional Privado Colombiano, el divorcio se gobierna por la ley del domicilio conyugal, aquella sentencia de divorcio imperfecto no podrá tener en Colombia un alcance mayor que el que le atribuye la "lex fori", que es la misma "lex domicilii". Lo cual significa que esos cónyuges deberán ser considerados aquí como meramente separados de cuerpos. ^(11 Bis)

En cambio, si después de casados constituyen su domicilio en otro país que acepte el divorcio perfecto, la sentencia que en éste se llegue a dictar en tal sentido, disolverá el vínculo en Colombia, aunque esto no lo acoja la "lex loci celebrationis", punto de contacto que, como tal, es irrelevante para este caso al tenor de nuestro derecho de conflicto de leyes en el espacio.

No es descartable tampoco que el divorcio se tramite en un país diverso al del domicilio conyugal, como ya vimos, y que según la "lex fori" no se permita el divorcio vincular sino, como máximo, la separación de cuerpos o divorcio semipleno. Si tal acaece, pensamos que, aunque según la ley del domicilio conyugal la causal invocada sí sea suficiente para aniquilar el vínculo, esta consecuencia no se produce en Colombia, es decir, que aquí no queda deshecho el matrimonio, porque cuando la pertinente norma de conflicto colombiana (actual artículo 163 del Código Civil) se remite a la ley del domicilio para regular el divorcio, es claro que se está refiriendo al divorcio auténtico, al pleno o perfecto, que es lo que la ley colombiana denomina divorcio y no a la mera separación de cuerpos o "quoad mensam, thorum et habitationem", que constituyó la materia de la sentencia foránea y que es regulada (calificada) ahora por nuestro derecho como una institución jurídica diferente al divorcio en sentido estricto. En otros términos, no se le puede dar en Colombia alcance de sentencia de divorcio a la providencia que, realmente, está decidiendo sobre un fenómeno jurídico distinto según la calificación que proporciona el derecho colombiano.

(11 Bis) Justo en estos días se ha anunciado la presentación al Congreso del Brasil de un proyecto para legalizar el divorcio vincular, que al parecer tiene probabilidades de ser aprobado en vista de recientes disposiciones allí adoptadas sobre reformas constitucionales, pues la prohibición del divorcio está elevada a la categoría de precepto constitucional.

2.2.6. Caso de que el matrimonio se haya celebrado en país miembro del Tratado de Montevideo de 1889 ó en el Ecuador.

A) Regulación del Tratado de Montevideo de 1889.

Ya hemos anotado que, de acuerdo al artículo ⁽¹³⁾ del Tratado de Montevideo sobre derecho civil de 1889, la ley del domicilio conyugal es también la que rige la disolubilidad del matrimonio, pero a condición de que la causal invocada sea admitida igualmente por la ley del lugar en que se celebró

Si, pues, dos colombianos, casados civilmente en Bolivia y domiciliados en Perú, quieren divorciarse en este último país aduciendo para ello un motivo que sea común a ambas legislaciones —la peruana ("lex domicilii") y la boliviana ("lex loci celebrationis")— la sentencia de divorcio vincular emanada del juez peruano producirá su efecto disolvente también en Bolivia, en Colombia y en general en todos los países miembros del Tratado, aun en aquellos que no tengan establecida la institución del divorcio vincular en sus legislaciones internas (Chile, Paraguay, Argentina). Si, por el contrario, quieren poner fin a su unión por causal reconocida en la ley peruana mas no en la boliviana, opinamos que el juez peruano quedaría inhibido para decretar la disolución del vínculo y en todo caso, si no obstante fallare positivamente, esta providencia no disolvería el matrimonio frente a Bolivia ni frente a ninguno de los otros Estados partes en el Tratado (entre ellos Colombia), por no darse el presupuesto estatuido en el artículo 13 literal b.) del mencionado instrumento internacional.

Creemos que el principio de la solución que acaba de expresarse es igualmente válido para aquellos matrimonios celebrados en Estados no partes del Tratado de Montevideo, pero cuya disolución por divorcio se quiere obtener en un país que sí sea miembro de dicho Tratado, o viceversa. Así, si un colombiano se casó en Cuba por lo civil y el domicilio conyugal se establece en Uruguay, el divorcio que el juez uruguayo llegue a decretar disuelve el vínculo, frente a Colombia, si la causal es común al derecho uruguayo y al cubano. No importa que Cuba no sea miembro del Tratado de Montevideo, porque lo que éste regula para sus miembros es la disolución de un vínculo que ellos consideren válido, cualquiera que haya sido el lugar de celebración, y lógicamente en el ejemplo propuesto partimos del supuesto de que tanto el derecho colombiano como el uruguayo conceden validez a ese ma-

rimonio contraído en Cuba. Debe sí tenerse muy presente para el correcto entendimiento del ejemplo visto, que, conforme al mismo Tratado de Montevideo (artículo 62), al juez uruguayo solo se le asigna jurisdicción para conocer del proceso de divorcio en tanto sea el juez correspondiente al domicilio conyugal, requisito sin el cual su providencia no producirá efectos en Colombia. Lo mismo será si el matrimonio del colombiano se efectuó en Uruguay y el divorcio se demanda en Cuba: Colombia, como ligada que está al Uruguay por medio del Tratado de Montevideo, solo podrá aceptar el divorcio vincular cubano si se ajusta a las normas del Tratado, es decir, si Cuba es el lugar del domicilio conyugal y si la causal de ruptura del vínculo que acogió el juez cubano también la acepta la legislación uruguaya, "lex loci celebrations". Pero se plantearía una situación jurídica diferente si el tercer país no miembro del Tratado de Montevideo es el Ecuador, porque como sabemos, entre éste y Colombia rige otro convenio, con regulación autónoma y cuyas normas Colombia debe igualmente cumplir en su propia esfera de aplicación, como pasamos a ver.

B) Regulación del Tratado colombo-ecuatoriano de 1903.

Sus principales disposiciones sobre la materia que nos ocupa están contenidas en los artículos 7 y 16. De su contexto se deduce que el matrimonio civil contraído por un colombiano en el Ecuador, sin contravenir de ningún modo la ley colombiana, es válido acá y produce idénticos efectos al celebrado en Colombia, luego hoy en día es susceptible de quedar disuelto por divorcio decretado en el Ecuador; pero éste no será efectivo en Colombia si la causal no está consagrada también en nuestro derecho, pues así se desprende del artículo 16: "El matrimonio disuelto en otro país, con arreglo a sus propias leyes y que no hubiere podido disolverse en la República, no habilitará a los cónyuges para contraer nuevas nupcias". A contrario sensu, el matrimonio disuelto en otro país con arreglo a sus propias leyes y que también hubiera podido disolverse en la República, sí habilita a los cónyuges para contraer nuevas nupcias, o lo que es lo mismo, si queda disuelto en la República de Colombia.

La norma que acabamos de transcribir nos brinda, por otra parte, el criterio que debe utilizarse cuando se trate de un divorcio decretado por juez ecuatoriano con relación al matrimonio civil contraído por colombiano en un tercer país o de divorcio decretado por juez de un tercer Estado con referencia a matrimonio civil contraído por colombiano en el Ecuador: en ambos casos, el

matrimonio civil queda disuelto en Colombia, subordinando siempre este efecto a que de acuerdo con el derecho interno colombiano también hubiera sido posible la disolución.

Además, este artículo 16 del Tratado con el Ecuador nos está diciendo a las claras que el divorcio que un nacional colombiano obtuviera en aquel país de un matrimonio canónico que fuera válido según el derecho colombiano, y por lo tanto indisoluble para éste, no disuelve el vínculo en Colombia.

El tratado con el Ecuador no contiene normas precisas sobre jurisdicción o competencia del juez extranjero para conocer de una acción de divorcio, determinación que se deja entonces librada a las correspondientes reglas internas de cada uno de los dos países.

2.2.7. Caso excepcional en que se admitiría en Colombia la disolución por divorcio de un matrimonio católico civilmente válido.

Arriba hicimos alusión a que las normas del Tratado de Montevideo dan lugar a que, por excepción, pudiera reconocerse por el Estado colombiano un divorcio de matrimonio católico civilmente válido y el ulterior casamiento civil con otra persona. A este resultado verdaderamente insólito se llegaría si la legislación de alguno de los Estados miembros del Tratado admitiera como válida la forma canónica del matrimonio, y al mismo tiempo contemplara el divorcio vincular para toda clase de matrimonios, lo que, aunque no se presentare en la actual realidad legislativa, será siempre teóricamente factible. Pues bien: el matrimonio canónico allí contraído por un colombiano valdría en Colombia en virtud de la regla "Locus regit actum", como ya vimos; y el divorcio que de dicho matrimonio se consiguiera en ese mismo país o en otro de los signatarios del Tratado por causal establecida igualmente en el de la celebración, también habría que reconocerlo en Colombia, por lo que un poco atrás expusimos (número 2.2.6.).

Esta solución, aparentemente incompatible con lo pactado en el Concordato, no lo es si se analizan las cosas con un criterio jurídico positivo integral, que tome en cuenta los diversos compromisos internacionales asumidos por Colombia.

El Concordato, en cuanto acto bilateral, no puede proyectar su influjo a hechos o situaciones que escapen ya a la potestad con-

vencional del Estado colombiano por haber sido objeto de regulación diferente con otros Estados, a los que aquél Convenio con la Santa Sede es absolutamente inoponible.

Si Colombia pretendiera aplicar sus normas concordatarias al matrimonio de que se habla, dejando de lado el Tratado de Montevideo, los otros Estados miembros de éste podrían, con justa razón, acusar a Colombia de haber violado una obligación internacional. Porque cuando un Estado regula convencionalmente una misma materia en forma distinta con varios sujetos de Derecho Internacional, es menester deslindar los ámbitos de validez de cada Tratado para no incurrir en antinomias. Desde este punto de vista, parece incuestionable que los efectos del Concordato deben restringirse, forzosamente, a hechos que, al momento de la celebración de aquel, eran susceptibles de ser negociados soberanamente por Colombia, esto es, sin peligro de interferir la esfera de aplicación de otras normas vigentes de Derecho internacional.

No habría lugar tampoco a invocar la noción de orden público como medio para oponerse a la aplicación de la ley extranjera que hace posible el resultado que se comenta. Primeramente, por cuanto es discutible que, tras haberse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la disolubilidad del matrimonio civil, pueda sostenerse hoy tan enfáticamente que sigue siendo de orden público internacional la indisolubilidad de algunos vínculos matrimoniales (los canónicos); y además, principalmente, porque no es aducible la excepción de orden público cuando se trata de aplicar una ley extranjera en desarrollo de una norma de Derecho Internacional Privado contenida en un tratado, debidamente celebrado y aprobado por un país que se sometió conscientemente a sus consecuencias, a sabiendas del choque que podría plantearse con sus instituciones jurídicas internas.⁽¹²⁾

2.2.8. Posibilidad de fraude a la ley

Si dos colombianos casados civilmente en el exterior se domicilian en un país en donde no exista el divorcio vincular o en el que sus causales sean restringidas, pueden trasladarse a otro cuya legislación brinde mayor laxitud y avocindarse **aparentemente** en él, con la sola finalidad de conseguir de manera más fácil la extinción de su matrimonio. Esta actitud, mediante la cual se pretende

(12) Ya lo observó así certeramente Caicedo Castilla en su "Derecho Internacional Privado", pág. 378, 6ª edición, Temis, 1967.

establecer en la relación jurídica matrimonial un punto de contacto acomodaticio para buscar la aplicación de una ley favorable a los particulares intereses de una persona, eludiendo otra ley rígida que en principio era la llamada a regular el asunto, caracterizaría un típico caso de "fraude a la ley", figura del Derecho Internacional Privado que se ha impuesto a pesar de la reticencia de algunos doctrinantes y que en Colombia acepta la jurisprudencia; y en cuya virtud, el juez a quien incumbe decidir una controversia sobre dicho asunto debe abstenerse de aplicar la ley que resulta del factor de conexión ficticio y preferir la que el interesado quiso evitar o —para acomodarse al léxico— defraudar.

Por consiguiente, el divorcio obtenido en las referidas condiciones, por haberlo sido con fraude a la ley, no deberá aceptarse como válido en Colombia. Claro que se ha sostenido que el fraude a la ley digno de tenerse en cuenta para los efectos que venimos comentando, es el causado a la propia "lex fori" y no el que se inflige a la ley de un tercer Estado; pero en el ejemplo dado, aunque la norma que los cónyuges intentan dejar de lado para facilitar su divorcio fuera la de un país distinto a Colombia, en el fondo también se estaría burlando el ordenamiento jurídico de éste, es decir, su norma de conflicto de leyes que, al disponer que el divorcio se rige por la ley del domicilio conyugal, obviamente alude al domicilio conyugal verdadero, no al fraudulento.

2.3. El divorcio en el exterior de matrimonio civil celebrado por colombianos en Colombia.

2.3.1. Norma General y aplicaciones.

Para regular este caso, el nuevo texto del artículo 164 del Código Civil trae una solución semejante a la del Tratado de Montevideo de 1889, a saber, la combinación de la "lex domicilii" y la "lex loci celebrationis". Dice el artículo referido que el divorcio decretado en el exterior del matrimonio civil contraído en Colombia, se rige por la ley del domicilio conyugal, pero solo se disuelve en nuestro país el vínculo a condición de que la causal respectiva sea admitida con similar efecto por la ley colombiana. Además, exige un requisito de orden procesal, cual es el de que el cónyuge demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio.

El concepto de domicilio conyugal, a nuestro entender, es aquí igual al definido en el artículo 163 para el caso ya estudiado del

divorcio en el exterior de matrimonio civil celebrado en el país extranjero, vale decir, el lugar en donde los cónyuges viven de consuno o el del domicilio del cónyuge demandado si ya la vida en común ha cesado. Ello por cuanto no se da ni se infiere una noción distinta.

Tampoco se hacen en el artículo 164 distinciones sobre nacionalidad ni sobre religión de los cónyuges, que pueden ser colombianos o extranjeros, católicos o no. Pero una vez más hemos de recalcar que solo nos ocupamos del divorcio de colombianos en el exterior.

De acuerdo con el precepto general enunciado, pueden ocurrir los siguientes supuestos respecto al divorcio que un colombiano casado civilmente en Colombia y domiciliado en el exterior consigna fuera de Colombia:

a) Que el divorcio vincular se decrete en el país del domicilio conyugal por una causal que también sea reconocida con idéntico efecto por el derecho colombiano, como podría ser el adulterio.

En este supuesto, la sentencia de divorcio disuelve el matrimonio en Colombia, siempre y cuando se cumpla también el requisito procesal de la notificación o emplazamiento en debida forma y que, de otra parte, se agoten los trámites previstos en la ley procesal colombiana atañedores a la efectividad de sentencias de tribunales extranjeros.

b) Que el divorcio vincular se decrete en el país del domicilio conyugal pero por una causal no admitida con igual efecto en Colombia, como podría ser el hecho de que uno de los cónyuges adoptara una determinada religión sin anuencia del otro. En este supuesto, la sentencia extranjera no disuelve el matrimonio en Colombia; mas el artículo 164 del Código Civil que venimos comentando, en su parte final, dispone que, desde que se cumpla el requisito procesal de la notificación personal o el emplazamiento del cónyuge demandado conforme a la ley de su domicilio, aquella sentencia "podrá (sic) surtir los efectos de la separación de cuerpos".

Claramente se ve, por la redacción misma de la norma, que ésta no es imperativa, ya que la palabra "podrá" indica una mera contingencia, no una consecuencia ineludible. Quiere ello decir que, dado el supuesto en cuestión, la consecuencia viene a quedar al arbitrio del interesado, que para el caso es quien haya pro-

movido el divorcio: éste puede entonces, si quiere solicitar que en Colombia se le den al fallo extranjero los efectos que, conforme al derecho colombiano, tiene la separación de cuerpos, a saber, la suspensión de la vida en común pero manteniéndose el vínculo; de lo contrario, la sentencia no producirá efecto alguno en Colombia. Por lo demás, y si lo que se busca es la primera solución, no empece a ella el hecho de que la causal de que se trate tampoco esté admitida por el derecho colombiano para la separación de cuerpos, pues la ley no establece distinción al respecto.

c) Que el divorcio vincular se decrete en país extranjero diverso al del domicilio conyugal y por causal que también acojan este último y Colombia. En este supuesto, queda disuelto en Colombia el vínculo, desde que, se repite, haya sido notificado o emplazado el demandado según la ley de su domicilio.

d) Que el divorcio vincular se decrete en país extranjero diverso al del domicilio conyugal y por causal no admitida en este último pero sí en Colombia. En este supuesto, no se disuelve el vínculo ni se produce siquiera separación de cuerpos en Colombia.

e) Que el divorcio vincular se decrete en país extranjero diverso al del domicilio conyugal y por causal no admitida ni en este último ni en Colombia. En este supuesto, con mayor razón se debe aplicar la solución indicada en el literal anterior.

2.3.2. Caso de que en el país extranjero no exista el divorcio vincular y solo se decrete separación de cuerpos.

Bien puede acontecer que en el país en donde el cónyuge colombiano tramita el divorcio del matrimonio civil que contrajo en Colombia, no exista el divorcio vincular sino el llamado "divorcio imperfecto" o simple separación de cuerpos. Creemos que en este evento son aplicables, "mutatis mutandis", razonamientos y conclusiones similares a los expresados en el numeral 2.2.5. para el caso de que el matrimonio civil de cuyo divorcio se trata haya sido celebrado en el exterior; o sea que tanto si el país extranjero en donde se pronuncia la sentencia de divorcio imperfecto es el mismo del domicilio conyugal, como si es diferente, tal sentencia extranjera no afecta en Colombia el vínculo.

2.3.3. Caso de que el divorcio se pretenda lograr en un país miembro del Tratado de Montevideo o en el Ecuador.

Si lo primero, debe acudirse al ya conocido artículo (13) del tratado: el divorcio disolverá el matrimonio en Colombia en cuanto la causal exista también en el derecho interno colombiano.⁽¹³⁾ En este evento, a diferencia del contemplado en el número 2.2.7, se comprende que no cabe la posibilidad de que el divorcio extranjero disuelva un matrimonio católico válido en Colombia, porque, dentro del ordenamiento jurídico interno colombiano vigente, no hay causales de disolubilidad del matrimonio eclesiástico.

Si lo segundo, la fórmula es muy parecida y la provee el artículo 16 del Tratado colombo-ecuatoriano de 1903, sobre el que disertamos en el número 2.2.6, B), a donde nos remitimos: la sentencia ecuatoriana de divorcio vincular no habilita a los cónyuges para contraer nuevas nupcias (que es el efecto práctico más visible y típico de la disolución) si el matrimonio en cuestión, no hubiere podido disolverse en Colombia, cualquiera fuere el motivo de esta imposibilidad jurídica.

2.3.4. El problema del fraude a la ley.

Lo que dijimos en el número 2.2.8. sobre fraude a la ley para la hipótesis de divorcio en el extranjero de un matrimonio civil contraído fuera de Colombia, puede predicarse también para la hipótesis que ahora estamos analizando, o sea cuando el matrimonio civil que se quiere disolver en el exterior se había realizado en Colombia, porque es perfectamente concebible que el colombiano domiciliado en el exterior, en país que no admita el divorcio vincular o que lo acepte por causales que no se acomoden a su particular situación o intereses, traslade aparentemente su domicilio a otro Estado en donde le sea fácil conseguir un divorcio por causal que concatene con las del derecho interno colombiano. En tal evento, pues, se podrían negar efectos en Colombia a esa sentencia extranjera obtenida con fraude a la ley del domici-

(13) Se discutía antes de la Ley 1ª de 1976 si el divorcio decretado en un país signatario del Tratado de Montevideo por causal que la ley colombiana prescribiera como de divorcio imperfecto originaba en Colombia el efecto disolutorio; la opinión más general sostenía que no, inspirada en un principio semejante al que hemos afirmado en los números 2.2.5 y 2.3.2 del presente estudio (véase por ejemplo Caicedo Castilla, op. cit., págs. 377 y 378, aunque en glosa muy breve).

lio auténtico, que era la verdaderamente llamada a regular la relación de divorcio en asocio con la ley colombiana, conforme a nuestro Derecho Internacional Privado (Artículo 164 del Código Civil).

— — — —

El tema del matrimonio y divorcio de colombianos en el exterior, del que solo hemos abordado algunos de sus aspectos civiles, ofrece en realidad un amplio espectro de cuestiones dignas de mayor profundización, entre ellas las de Derecho Penal Internacional involucradas, por ejemplo, en el interrogante de si el matrimonio civil contraído en el exterior que no vaya precedido de un divorcio vincular válido en Colombia, envuelve delito de bigamia o no; éste y otros asuntos de notable interés teórico y práctico esperamos verlos desarrollados próximamente por los especialistas.

Caicedo

EFFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO

Enrique Trujillo Palacio

Introducción

En esto del derecho de familia el país ha evolucionado a través del tiempo en una forma muy importante hasta llegar a la denominada igualdad de los sexos consagrada en el Decreto 2820 de 1974, en desarrollo de la Ley 24 de ese año.

Desde las reglamentaciones del Código Civil pasado por la ley 28 de 1932 el camino recorrido hasta el decreto 2820 de 1974 ha sido muy fructífero.

Pero no se crea que las conquistas de la mujer han sido sólo sobre la adquisición de derechos de que no gozaba, sino que simultáneamente ha adquirido deberes correlativos como se verá.

En el presente estudio hemos seguido muy de cerca al Dr. Roberto Suárez Franco en su obra **"Derecho de Familia"**, hasta el punto de que nuestra labor se ha limitado a poner al día los conceptos por él emitidos, de acuerdo con las nuevas normas dictadas de 1974 hasta ahora. Lo anterior como consecuencia de unas conferencias dictadas en el Centro de Estudios Económicos y Políticos de Antioquia "CEPA".

Concepto Enumeración

Se entiende por efectos del matrimonio las consecuencias que se derivan de él con respecto a las personas de los cónyuges y sus bienes, y respecto de sus hijos y sus bienes. Por consiguiente dichos efectos son:

- 1) Las obligaciones recíprocas que contraen los esposos.
- 2) La Potestad Marital
- 3) Potestad Paterna y obligaciones de los Padres para con los hijos y viceversa.
- 4) Patria Potestad.
- 5) Sociedad Conyugal.

5 - 1 Bienes que la forman y el pasivo.

5 - 2 Administración.

Nos limitaremos a exponer los temas tratados en los cuatro primeros numerales. Bajo el régimen de bienes para el matrimonio que regía en el Código, el matrimonio producía como efecto la incapacidad de la mujer para la vida civil, es decir, ésta sufría una "capitis deminutio", pues el marido adquiría la facultad de administrar y disponer de los bienes propios de la mujer, con las limitaciones legales. Con la ley 28 de 1932 la mujer casada recobró la capacidad civil y por consiguiente asumió la libre administración de sus bienes.

OBLIGACIONES RECIPROCAS DE LOS ESPOSOS

De acuerdo con los artículos 113 y 176 y 155 del Código, por el hecho del matrimonio los esposos contraen las siguientes obligaciones mutuas:

- 1) La cohabitación
- 2) La fidelidad
- 3) El socorro
- 4) La ayuda.

Desarrollo de estos efectos

1) **La Cohabitación**, o vida en común, aparece inicialmente prevista en la misma definición del matrimonio cuando dice el artículo 113 del Código Civil: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Como consecuencia de la obligación de cohabitar el artículo 178 del Código Civil decía: "El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia.

Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer. La mujer por su parte tiene derecho a

que el marido la reciba en su casa". Como se ve el marido, de acuerdo con este artículo, era quien fijaba la residencia de la mujer, salvo peligro inminente de la vida de la mujer.

Este artículo 178 fue sustituido por el artículo 11 del Decreto 2820 de 1974 en los siguientes términos: "Salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro". Por el mencionado artículo se notificó sustancialmente el aspecto de las relaciones entre los esposos hasta el punto de que no sólo el marido tiene derecho a obligar a la mujer a vivir con él, sino que la mujer tiene derecho a obligar al marido a vivir con ella.

Por otra parte cada uno de los cónyuges tiene derecho a ser recibido en la casa del otro. De lo anterior se desprende que se modificó sustancialmente el régimen del código y por lo tanto el marido tiene derecho a que la mujer lo reciba en la casa.

Como éste es un derecho que surge de la calidad de esposo, la ley faculta al esposo ofendido para solicitar el divorcio.

2.- **La Fidelidad.**- De acuerdo con el artículo 9 del Decreto 2820 de 1974, que sustituyó el artículo 176 del Código Civil, los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

La obligación de guardarse fe, consiste en el deber de fidelidad.

La violación de este deber consiste principalmente en las relaciones sexuales extramatrimoniales de los cónyuges.

Anteriormente se consideraba que era solo el adulterio de la mujer que a parte de traición sexual, comprometía gravemente su reputación y causaba de esa manera un perjuicio a su marido (Josserand).⁽¹⁾

El honor conyugal tiene su raíz en la mencionada obligación conyugal de guardarse fe, la cual recae por igual sobre ambos cónyuges. "La tendencia de radicar el honor conyugal solo en el marido —ha sostenido la Corte— procede, por lo menos en parte, del desnivel jurídico en que siempre han vivido el hombre y la mujer. Así, se sancionaba solo a la cónyuge que faltaba a su marido..."⁽²⁾

Como veremos la infidelidad es causal de divorcio.

También se ha sostenido podrá dar lugar a una acción civil tendiente a la de obtener la reparación de los perjuicios, si éstos se han causado con fundamento en el precepto general del artículo 2341 del Código Civil.

3.- **El Socorro.**- Se basa en el artículo 12 del Decreto 2820 que sustituyó el artículo 179 del Código Civil cuando en su segundo inciso dice: "Los cónyuges deberán subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades".

La obligación de que se trata es la de atender a las necesidades de alimentos, vestuario, habitación.

En caso de incumplimiento se puede hacer efectivo por medio de un juicio de alimentos instaurado contra el cónyuge infractor. Por lo demás es causal de divorcio de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 2820 de 1974. Y como se verá más adelante puede dar lugar a sanciones penales de acuerdo con la Ley 75 de 1968, artículo 40.

La abstención por parte del cónyuge deudor de socorrer al cónyuge acreedor, lo hace indigno de sucederlo.

4.- **La Ayuda.**

Consiste en los cuidados personales que se deben los cónyuges, sobre todo en los casos de enfermedad y vejez.

La ayuda tiene un carácter de obligación de hacer, mientras que el socorro lo tiene de obligación de dar.

Es la obligación de carácter recíproco más importante.

El cónyuge que se sustraiga a esta obligación de asistencia moral debida al otro cónyuge se hace acreedor a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil a cincuenta mil pesos (Ley 75 de 1968, artículo 40).

También daría lugar al divorcio con base en el numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2820 de 1974.

LA POTESTAD MARITAL

De acuerdo con el artículo 177 del Código la potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes concedían al marido sobre la persona y bienes de la mujer.

En realidad la potestad marital como institución desapareció. Ya desde la ley 28 de 1932 el marido fue despojado de los derechos que tenía sobre la mujer.

Recientemente el decreto 2820 de 1974, que varias veces hemos citado, dio el golpe definitivo a la potestad marital, no solo porque sustituyó el artículo 177 que la establecía, sino que reguló las materias que ella comprendía.

En efecto el artículo 10 del Decreto 2820 de 1974 dispuso: El artículo 177 del Código Civil quedará así:

"El marido y la mujer tienen conjuntamente la dirección del hogar.

Dicha dirección estará a cargo de uno de los cónyuges cuando el otro no la pueda ejercer o falte. En caso de desacuerdo se recurrirá al juez o al funcionado que la ley designe".

El artículo 178 del Código Civil fue sustituido también. Por lo tanto ya el marido no tiene el derecho a fijar la residencia de la mujer, si no que la residencia del hogar la fijarán el marido y la mujer de común acuerdo.

POTESTAD PATERNA Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES PARA CON LOS HIJOS

La filiación, como fuente del parentesco, da origen a derechos y obligaciones, de carácter recíproco, entre los padres y los hijos, derechos y obligaciones que se proyectan tanto en el campo personal como en el patrimonial.

En nuestra legislación se reglamentan separadamente en títulos distintos "los derechos y las obligaciones entre los padres y los hijos" y "la patria potestad".

Los derechos sobre la crianza, educación, corrección de los hijos, que eran en el derecho antiguo romano la manifestación más eficiente de la "patria potestad", pasaron a constituir lo que podría llamarse "la autoridad paterna" o "potestad paterna". Los demás, los de carácter puramente patrimonial, constituían la patria potestad propiamente tal.

No todos los autores están de acuerdo en esta distinción y antes bien dicen que la expresión patria potestad se aplica mejor a la potestad sobre la persona y que los derechos del padre sobre los bienes del hijo son una consecuencia de los derechos que tienen sobre su persona. (Champeau Edmond y Uribe Antonio José, Tratado de Derecho Civil Colombiano).

Hoy de acuerdo con la ley 45 de 1936 y la ley 75 de 1968 se desvirtúa el contenido eminentemente patrimonial del concepto de patria potestad.

POTESTAD PATERNA

De la potestad paterna surgen derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, los cuales se hallan reglados en el título XII del libro 1º del Código Civil.

1) DE LAS OBLIGACIONES DE LOS HIJOS PARA CON LOS PADRES

a) **Respeto y obediencia.**- Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres según lo dispone el artículo 18 del decreto 2820 de 1974 que sustituyó el artículo 250 del código civil e introdujo importantes reformas como es que los hijos estarán especialmente sometidos a su padre, pues como lo veremos tanto el padre como la madre ejercen la patria potestad sobre los hijos y además ya no existe la potestad marital que le daba la dirección de la familia, como se vio antes.

En todo caso el artículo sanciona un deber moral más que una obligación de carácter jurídico.

b) **Cuidado y Socorro.**- De acuerdo con los artículos 251 y 252 del código civil el hijo está obligado a cuidar de sus padres en la ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. A este mismo socorro tienen derecho los ascendientes legítimos.

El hijo debe alimentos congruos a sus padres y ascendientes.

El cuidado tiene más un sentido de carácter moral, mientras que el socorro se refiere a una ayuda material.

En caso de que el hijo no cumpla con esta obligación la ley 75 de 1968 en su artículo 40 lo sanciona con arresto y multa y además se hace indigno de suceder a sus padres (art. 1025, Nral. 3º del C. Civil).

11) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES PARA CON LOS HIJOS

Estos derechos se reducen a:

- a) El cuidado personal de la crianza
- b) El cuidado personal de la educación
- c) El derecho a corregir y castigar
- d) El derecho a elegir el estado o profesión del hijo.

a) **El cuidado personal de la crianza.**- Comprende todo lo tocante a su vida material. El artículo 253 del Código Civil estipula: "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos". De acuerdo con el artículo 20 del decreto 2820 y el art. 3 del decreto 772/75 que sustituyeron el artículo 261 del Código da derecho a las personas que asistan al hijo a que reclamen al padre, pero deben dar aviso oportuno de ello, los suministros que le hagan.

En caso de inhabilidad física o moral de los padres el juez puede confiar el cuidado de los hijos a los consanguíneos más próximos y, sobre todo a los ascendientes legítimos (arts. 254, 255). Si cesaren las causas podrá reformar la disposición o si sobreviniese motivo justo. (Art. 259).

La crianza implica la manutención. Los padres deben alimentos congruos a los hijos.

b) Cuidado personal de la educación.-

También corresponde de consuno a los padres o al sobreviviente en caso de que faltare alguno de ellos.

El artículo 23 del Decreto 2820 de 1974 que sustituyó el artículo 264 es claro sobre el particular: "Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, de modo que crean más conveniente para estos; asimismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento". (D. 772/75, Art. 4).

El mínimo de instrucción que los padres debieran suministrar al hijo sería la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio, todo lo cual persigue que el hijo adquiera la aptitud mínima necesaria para vivir en sociedad.

c) **Corrección y Castigo del hijo.**- El artículo 262, que fue sustituido por el artículo 21 del decreto 2820 de 1974, autoriza a los padres o a la persona encargada del cuidado personal de los hijos, para vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente.

Se suprimió lo referente a la imposición de pena de detención hasta por un mes solicitándola al juez, quien expedía la orden de arresto.

d) **El derecho a elegir estado o profesión futura del hijo** se abolió al sustituir el Art. 264 del Código Civil por el Art. 23 del Decreto que nada dijo sobre el particular.

Cesación de la autoridad paterna.-

Son dos las causas: a) Imposibilidad física y b) inhabilidad moral.

Imposibilidad física: la demencia y la enfermedad contagiosa.

La inhabilidad moral implica el abandono moral y el peligro físico y moral del hijo.

PATRIA POTESTAD

Definición.- Es el conjunto de Derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos.

Quien la Ejerce.- La patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. (Artículo 24 del Decreto 2820 que modificó el artículo 288 del código y el 19 de la ley 75 de 1968).

Características.-

A la naturaleza de la patria potestad pertenecen las siguientes características:

a) **Es irrenunciable.-** Se trata de una función de orden natural y por lo tanto no se puede renunciar ya que de ella surgen obligaciones y derechos entre padres e hijos.

b) **Es de orden público.-** Por cuanto es base de la familia y es parte integrante del estado de las personas.

c) **Es imprescriptible.-** La falta de su ejercicio por parte de sus padres no la extingue. Lo más que podría solicitarse sería la suspensión o privación por su inobservancia.

d) **Es intransmisible.-** La naturaleza misma de los derechos anexos a ella la hace intransmisible. Otra cosa es que se valgan los padres de un tercero para defender los derechos del hijo.

e) **Su ejercicio hoy corresponde por definición a ambos padres.-** Los abuelos no gozan de la patria potestad sobre sus nietos.

f) **Es temporal.-** El ejercicio de la patria potestad está sometido, en cuanto al término de duración: 1) A la vida del padre o de la madre, 2) A la emancipación del hijo y 3) Por excepción a una decisión judicial.

SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.- Hoy como ya se dijo corresponde su ejercicio a ambos padres conjuntamente, o sea que ninguno de los dos tiene prelación sobre el otro. Esto por lo que se refiere a los hijos legítimos o sea los nacidos dentro del matrimonio. También la legitimación del hijo nacido fuera del matrimonio da a los legitimantes la patria potestad sobre el menor de 21 años no habilitado de edad y pone fin a la guarda en que se hallare.

Atributos de la patria potestad.- El ejercicio de la patria potestad confiere a sus titulares tres atributos o derechos: 1) Derecho de usufructo. 2) Derecho de administración y 3) Derecho de representación.

Del usufructo o goce legal.- Los padres gozan del derecho de usufructo sobre los bienes del hijo desde el día del nacimiento hasta la emancipación y obedece a una compensación a los gastos que demanden la crianza, educación y establecimiento del hijo.

Bienes a los cuales se extiende el usufructo legal de los padres.- El usufructo se extiende a todos los bienes del hijo y que se denomina el peculio adventicio ordinario del hijo.

Se exceptúan:) Los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su peculio profesional o industrial.

2) Los bienes adquiridos por el hijo a título de donación herencia o legado, cuando el donante o testador haya prohibido el usufructo a los padres o haya excluido como de ellos en cuyo caso corresponderá al otro.

3) El de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro. Los bienes sobre los cuales los padres no tienen el usufructo conforman el peculio adventicio extraordinario (Art. 26 del Decreto 2820 de 1974).

Terminación del usufructo de los padres.- 1) Terminación de la patria potestad.

2) Resolución del derecho del constituyente cuando el bien es la propiedad fiduciaria sobre un bien y llega el caso de la restitución.

3) Confusión del usufructo.- Cuando el padre adquiere la propiedad del bien en usufructo.

4) Destrucción de la cosa que lo originó.

5) Sentencia judicial.

a) Por faltar el usufructuario a sus obligaciones en materia grave.

b) Por haber causado daños a la cosa fructuaria.

ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL HIJO.- Los padres administran los bienes del hijo sobre los cuales la Ley les concede el usufructo, siempre que el donante, o el testador no la haya prohibido.

Reglas a que debe someterse la administración.-

1) Si se les priva a los padres de la administración no se entiende que se les priva del usufructo, a menos que lo digan expresamente.

2) Los Padres no están obligados a hacer inventario solemne de ellos, pero deben llevar una descripción circunstanciada de ellos.

3) Deben hacer inventario solemne si pasan a otras nupcias.

El inventario solemne es la relación de los bienes hecha ante notario.

4) Los padres responden por toda disminución o deterioro que se deba a culpa, aún leve, o a dolo.

La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos de los bienes en que tiene la administración, pero no el usufructo y se limita a la propiedad en los bienes que tiene el usufructo.

5) El hijo de familia no autorizado por sus padres o por el curador adjunto, se obligará exclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado, sin autorización escrita de los padres. Y si lo hicieren no será obligado por este contrato, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos. (Art. 35 Decreto 2820 de 1974). Los actos o contratos que el hijo de familia celebre aún con autorización de

sus padres obligan directamente al padre y en subsidio al hijo hasta la concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos negocios. (Art. 36 Decreto 2820/74).

6). **Los padres no pueden hacer donaciones de los bienes del hijo**, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia sin decreto judicial con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario.

Extinción de la Administración.- 1) Cuando cesa la patria potestad.

2) Cuando por sentencia judicial se declare a los padres que la ejercen, reponsables de dolo o culpa grave en el desempeño de la administración.

Se presume culpa cuando se disminuyen considerablemente los bienes o se aumenta el pasivo sin causa justificada.

Representación del hijo de familia.- Salvo en lo referente al peculio profesional o industrial, respecto del cual se considera el hijo como mayor de edad, para los efectos de su administración éste suele ser representado por quienes ejercen la patria potestad, salvo que se encuentren bajo tutela o curaduría. No pudiendo dirigirse a sí mismos, necesitan un representante legal que los proteja y vele por su persona e intereses. La representación legal de los padres de familia se manifiesta fundamentalmente con respecto a dos clases de actos:

1) Puramente administrativos y que ocurren comunmente, que son los actos extrajudiciales y 2) Los que son propios de la actividad jurídico procesal, vale decir, los actos judiciales.

La representación extrajudicial del hijo de familia.- Será ejercida conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación.

Si uno de los padres falta corresponderá los mencionados derechos al otro.

En la representación judicial hay que distinguir:

1) Causas civiles.

2) Causas criminales.

3) Litigios entre padre e hijos.

En las causas civiles hay a la vez que distinguir si interviene como actor o como demandado.

El hijo de familia solo puede comparecer en juicio como actor autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan

su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación de curador ad-litem.

En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiera representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación de curador ad-litem.

En las causas criminales.- Hay que distinguir también si se trata de actor o querellante o si es el enjuiciado.

En el caso de actor o querellante necesita la autorización de cualquiera de los padres puesto que la representación legal del hijo corresponde a cualquiera de ellos.

En caso de que se requiera intervenir contra el hijo no es necesaria la intervención de los padres en caso de acción penal, pero estarán obligados a suministrarle los auxilios que necesite.

En los juicios entre padres e hijos.- Se dará al hijo un curador para la litis, el cual será preferentemente un abogado defensor de familia cuando exista en el respectivo municipio; y si obra-se como actor será necesaria la autorización del juez.

Suspensión de la Patria Potestad.-

La patria potestad se suspende: a) Por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, b) Por su larga ausencia, c) Por su demencia.

En caso de suspensión de la patria potestad respecto de ambos cónyuges se dará guardador al hijo no habilitado de edad.

Terminación de la Patria Potestad.-

La patria potestad termina por las causales contempladas en el artículo 315 del Código Civil y las cuales son:

- 1) Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o causarle grave daño.
- 2) Por haber abandonado al hijo.
- 3) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.
- 4) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. (D. 772/75, Art. 10).
- 5) Por muerte de los padres.
- 6) Por emancipación.

En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consaguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aún de oficio a nombrarle un curador. Otra causal de terminación de la patria potestad es la adopción plena si se tiene en cuenta el artículo 278 del Código Civil reformado por la ley 5º de 1975 cuando dice que carecen los padres y demás parientes de sangre de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo.

En cambio por la adopción simple el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones.

Deberes de los padres.-

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

* * *

- 1) Citado por el Dr. Roberto Suárez Franco, en Derecho de Familia, pág. 123.
- 2) Citado por el Dr. Roberto Suárez Franco, en Derecho de Familia, pág. 123.

BIBLIOGRAFIA:

- La Familia en la Estructura Político-Jurídica Colombiana, Eduardo Umaña Luna, Editorial Temis, Bogotá, 1973.
- Derecho de Familia, Roberto Suárez Franco, Editorial Temis, Bogotá, 1971.
- Decreto 2820 de 1974, "Publicado en Novedades Legislativas", Colección Pequeño Foro, 1974-1975.
- Decreto 772 de 1975. Publicado en "Novedades Legislativas", Colección Pequeño Foro, 1974-1975.
- Decreto 772 de 1975. Publicado en "Novedades Legislativas", Colección Pequeño Foro, 1974-1975.
- Ley 75 de 1968.

LA REFORMA DEL DERECHO MONETARIO, SUS REQUISITOS SOCIALES Y LA POLITICA PUBLICA

*Eliahu Hirschberg**

A. Introducción.

1. Capítulo Introductorio.

En 1945 la humanidad se percató de que los errores del pasado cometidos durante el intervalo entre ambas guerras mundiales no debían repetirse. En ese momento se produjo una brecha en la continuidad del desarrollo humano desde el punto de vista intelectual y emotivo. Los enfoques previos y las soluciones previas a los problemas sociales debían revisarse y estudiarse nuevamente, ya que la humanidad no estaba dispuesta ni se hallaba en condiciones de enfrentarse a otra guerra mundial. Se percató de que la cadena de acontecimientos que condujo a la Segunda Guerra Mundial se había iniciado con el armisticio de 1918. Las crisis monetarias y económicas que se produjeron durante el período inter-bélico habían contribuído en gran medida al acceso al poder de Hitler y a todas sus consecuencias. Se destacaron e influyeron en especial las crisis monetarias, iniciadas con la gran inflación alemana de 1920-24, que arruinó a la clase media alemana. Es esta la opinión de muchos eminentes historiadores. Desde 1945 no se produjeron grandes crisis económicas en los EE. UU., aún cuando hubo varias recesiones. Muchos autores creen, quizás equivocadamente, que el período posterior a 1945 constituye una "era inflacionaria". En

* M. J. (Jerusalem), M. Phil. (Londres). En la práctica privada se especializa en derecho comercial en Jerusalem, Israel. Es autor de la obra EL PRINCIPIO NOMINALISTA y El Impacto de la Inflación y la Devaluación sobre las Obligaciones Legales Privadas. Actualmente está becado para efectuar una investigación en la Universidad de Bar Ilan.

realidad, el valor del dinero disminuyó, y continuó de ese modo en los EE. UU. y otros lugares. En el transcurso de este período se produjeron muchas crisis monetarias en todo el mundo. Como el problema de las crisis económicas se resolvió exitosamente, muchos autores y pensadores declararon la guerra a la inflación. En los EE. UU., uno de los principales partidos políticos siempre se opuso a la inflación y al dinero barato. No obstante, la resistencia a la inflación no se restringe a un partido político, sino que atraviesa la política partidaria, tanto en los EE. UU. como en otros lugares. El problema ante el cual se enfrenta el mundo es si esta resistencia a la inflación no es, de por sí, un fenómeno peligroso y si quizás el remedio no es peor que la enfermedad, a saber, desempleo, recesión y, a largo plazo, crisis económicas.

2. Definición del Derecho Monetario.

Muchos eruditos consideran el derecho monetario como una oscura rama del derecho comercial; en realidad, el derecho monetario, cuando se producen cambios en el valor del dinero, tiene importancia jurisprudencial y social. El derecho monetario se ocupa de la actitud asumida por la ley con respecto a los cambios en el valor del dinero al establecer el alcance de los derechos legales. Como los términos monetarios se incluyen necesariamente en estatutos, juicios, contratos, testamentos y otros documentos legales, el derecho monetario tiene una importancia práctica enorme. Sin embargo, se basa sobre el enfoque nominalista, de acuerdo con el cual los cambios en el valor del dinero no se tienen en cuenta al establecer la magnitud de una obligación monetaria. La ley se basa sobre la ficción de la constancia del valor de una unidad monetaria —un dólar es siempre un dólar, o una libra es siempre una libra ante la ley—, a pesar de los cambios externos sufridos por el dinero, tales como devaluaciones de la moneda o la pérdida del poder adquisitivo incluido en la unidad monetaria.

3. La lógica interna del derecho general y monetario y su lógica externa.

La investigación legal moderna tiende a destacar la lógica interna del derecho, a saber, la interconexión entre una norma específica del derecho o una decisión particular en un caso y los principios básicos. Sin embargo, el derecho no es una doctrina intelectual abstracta. Su principal función es la de resolver los pro-

blemas sociales, y tiene por fin dar forma y modificar el comportamiento social. El derecho es uno de los principales controles sociales. La lógica externa del derecho, su interconexión con los problemas y fenómenos sociales es mucho más importante que su lógica interna. El derecho como mecanismo de defensa de nuestra sociedad es más débil de lo que solía ser en el pasado. Muchas normas y conceptos legales son anticuados. Su desarrollo es lento y tiende a orientarse hacia el pasado debido a la norma de precedentes que se aplica en los países anglosajones. Los nuevos problemas se deciden de acuerdo con los precedentes resueltos muchos años antes, en momentos en que prevalecían circunstancias diferentes. El desarrollo de otras ciencias sociales es mucho más dinámico y rápido que el desarrollo de la Ciencia del Derecho, aún considerando que no todas las ciencias sociales se mantienen a la par del desarrollo práctico, social y económico.

Todo lo antedicho se aplica en particular al derecho monetario, que en los últimos cincuenta años ni se ha modificado ni se ha reformado a pesar del hecho de que todo el enfoque con respecto al dinero ha cambiado en las ciencias económica y política y asimismo en la práctica. Desde fines de la Segunda Guerra Mundial, se ha aceptado un nuevo enfoque para la política pública. La estabilidad del valor del dinero se sacrifica en aras de la consecución de otros objetivos de política pública, crecimiento y pleno empleo. En consecuencia, a menudo surgen inflaciones y los enfoques legales y soluciones previas por lo tanto son anticuados y deberían reformarse. Los precedentes decididos hace muchos años, totalmente irrelevantes para la resolución de los problemas actuales, aún tienen aplicación.

4. Enfoque del Problema...

Los problemas monetarios deberían estudiarse como un todo. Forman un complejo de problemas económicos, sociales, legales y políticos en los que se mezclan y entrelazan diferentes consideraciones interdisciplinarias. La disminución en el valor del dinero es un problema interdisciplinario destacado. La inflación ejerce un efecto calmante sobre la actividad económica, y hasta cierto punto alienta el crecimiento y la inversión. No vale la pena aferrarse a dinero que pierde parte de su valor mientras se lo guarda; resulta más lucrativo utilizarlo o invertirlo. No obstante, una caída en el valor del dinero aumenta las tensiones sociales. A me-

dida que los haberes y ahorros monetarios pierden parte de su valor, muchas clases de la población no pueden protegerse contra la disminución en el valor de su dinero, y por lo tanto, se desbarranca su posición social. A resultas de los cambios sociales acelerados por los cambios en el valor del dinero, la tensión social asume muchas formas negativas. En ciertos casos extremados causa o contribuye al surgimiento de muchos eventos políticos insanos. No obstante, aún en su forma más suave, como una resistencia a la inflación, ejerce influencia sobre el establecimiento político, que adopta políticas anti-inflacionarias que acarrearán como consecuencia una disminución de la actividad económica y desempleo. Luego surge una reacción que se convierte en un círculo vicioso.

Tal como se indicara previamente, el enfoque legal se basa sobre el enfoque nominalista, de acuerdo con el cual los cambios en el valor del dinero no se tienen en cuenta al establecer la magnitud de una obligación monetaria. En consecuencia, el derecho es un canal a través del cual se difunden los eventos monetarios negativos e influyen sobre la sociedad.

5. El enfoque de "la prevención de las crisis".

Ya se ha aseverado que, en nuestra opinión, en 1945 se produjo una brecha en la continuidad del desarrollo humano, al finalizar la Segunda Guerra Mundial y utilizarse por vez primera las armas atómicas. El primer y principal requisito previo fue la preservación de nuestra sociedad y sus valores, y para ello hay que preservar su salud fundamental. Por lo tanto, hubieran debido estudiarse nuevamente muchos problemas sociales a la luz de la experiencia pasada. Los problemas monetarios y sus efectos sociales tendieron en el pasado reciente —1918 a 1939 y el período de post-guerra— a socavar la salud básica de nuestra sociedad. Ya se ha mencionado que muchos historiadores creen que la gran inflación alemana preparó el camino para la accesión al poder por parte de Hitler. Muchos otros demagogos también utilizaron la inflación para promover sus fines políticos. En consecuencia, habrá que volver a estudiar los cambios monetarios como un problema interdisciplinario, ya que constituye uno de los principales problemas contemporáneos. Se cree que el objeto de la reforma del derecho monetario era el de aliviar los efectos de la inflación y los cambios en el valor del dinero habrán de contribuir a la salud básica de nuestra sociedad, y que el derecho monetario, en las condiciones

en que se halla actualmente, es un punto débil expuesto a muchos abusos. Además, se cree que mientras que no se reformen sus enfoques y conceptos, puede contribuir en gran medida y provocar futuras crisis. El enfoque del "médico de la corporación" aplicado a la sociedad resulta recomendable, y según éste las crisis y perturbaciones del pasado deberán analizarse para poder preparar una solución a las futuras crisis de antemano de modo de prevenirlas, o por lo menos, suavizar sus efectos. Por lo tanto, un problema que podría tratarse en un proyecto de investigación disciplinaria como de poca monta, asume un significado social mucho más amplio.

B. El enfoque actual del derecho y la solución nominalista.

1. La solución general.

El derecho existente adopta la solución nominalista, de acuerdo con la cual predomina una ficción con respecto a la identidad del valor de las unidades monetarias, es decir, un dólar es siempre igual a un dólar, una libra esterlina es siempre igual a una libra esterlina, y no se tienen en cuenta en ningún momento los cambios externos del valor, tales como los cambios en la tasa de cambio con respecto a otras unidades monetarias, o cambios internos de valor, tales como cambios en el poder adquisitivo local de la moneda.

Los cimientos teóricos del principio nominalista fueron desarrollados en los siglos XVI y XVII, durante el régimen de los monarcas absolutistas. Se adoptó en la práctica porque servía a los intereses de los gobernantes, que siempre se hallaban en deuda y se financiaban, cuando menos en parte, disminuyendo el valor de las monedas, es decir, disminuyendo el contenido metálico de sus monedas y pagando sus deudas de acuerdo con el valor nominal de las monedas de valor reducido.

Desde la publicación de la obra de Carolus Molinaeus¹ el enfoque nominalista se ha convertido en el enfoque prevalente del derecho positivo y la teoría legal.

El principal caso en que se adoptó la solución nominalista en Inglaterra fue el caso de "las monedas mezcladas"² Gilberto de Londres vendió bienes a Brett de Drogheda por "100 libras esterlinas en dinero corriente y legal de Inglaterra" que habían de ser pagadas en Dublín. Antes de que la deuda venciera, la reina Isabel revocó la moneda prevalente en Irlanda mediante una procla-

mación y emitió nuevas monedas, de valor reducido, que se declaró, eran las nuevas monedas legales de Irlanda. Brett pagó el monto de su deuda en la ahora reducida moneda, pero Gilberto exigió el pago en la moneda anterior. El tribunal decidió que el pago en la moneda devaluada constituía el buen pago de la obligación.

Desde que se produjera este caso, se aplicó en Inglaterra el principio nominalista, siendo adoptado posteriormente por otros sistemas del derecho anglosajón.

2. La justificación de la solución nominalista.

De acuerdo con la opinión de F. A. Mann, el nominalismo se fundamenta en la presunta intención de las partes que tratan recíprocamente conforme al valor nominal del dinero; ni se origina en la política pública ni en el derecho público.³

No obstante, en nuestra opinión, el nominalismo fue adoptado para proteger los intereses públicos.^{3a}

Se alegan muchos argumentos para soportar el principio nominalista. En primer lugar, sirve a los intereses del gobierno, que es el principal deudor del Estado moderno.

En segundo lugar, la economía moderna administra su sistema de créditos y débitos de acuerdo con el valor nominal del dinero. Cualquier desviación de la solución nominalista destruye el equilibrio entre derechos y obligaciones e interfiere con el registro debido de balances, estados de ganancias y pérdidas y otros documentos comerciales.

Sin embargo, el principio nominalista no es justo; se basa sobre una ficción, ya que el valor de una unidad monetaria antes de la devaluación no es igual a su valor después de una devaluación.

3. Metalismo y Valorismo.

A la par del nominalismo predominan otros enfoques en cuanto a las obligaciones monetarias que, sin embargo, no son aceptados por el derecho existente.

De acuerdo con el enfoque metalista, que prevaleció en el derecho privado durante la época medieval, el dinero se consideraba idéntico a los metales preciosos de los que se acuñaba, y en con-

secuencia el deudor estaba obligado a pagar su deuda en las mismas monedas en las que había recibido el préstamo. En consecuencia, las deudas conservaban su contenido metálico, es decir, el monto de la deuda aumentaba en proporción a la disminución de la tasa de cambio de la moneda local y las monedas extranjeras siempre y cuando las monedas, o por lo menos la más importante, el dólar estadounidense, se hallaran cubiertas por el oro.

El enfoque moderno, que ha obtenido una creciente influencia sobre las ideas contemporáneas en la teoría legal y económica, es el enfoque del valor. El dinero funciona como poder adquisitivo; por lo tanto, el dinero debería conservar su estabilidad de valor, conforme al poder adquisitivo incluido en el mismo. La devaluación por sí misma no podría afectar la magnitud de la obligación, pero la inflación, que hace que el valor del dinero se reduzca, es pertinente y el monto de la deuda debería aumentar en proporción a la pérdida en términos del poder adquisitivo.

4. Revaluación.

Tras la experiencia "continental", en los EE. UU. (durante la guerra de la independencia) los legisladores adoptaron una regla de cálculo para la revaluación de las deudas expresadas en "continentales". Durante la Revolución Francesa, el gobierno revolucionario emitió "asignaciones". Estas se devaluaron rápidamente, y por último perdieron casi todo su valor. Por lo tanto, el gobierno adoptó una regla de cálculo para la revaluación de las deudas expresadas en "asignaciones".

Después de la Guerra Civil, se efectuó en el sur de los EE. UU. una revaluación de las deudas expresadas en dólares sureños, si bien no se la denominó con éste nombre. El problema surgió en razón de la total destrucción de la Confederación y las monedas por ella emitidas. Las obligaciones previas debían revaluarse en moneda estadounidense.

La desviación más importante del nominalismo en la época moderna tuvo lugar en Alemania durante la "gran inflación alemana de 1920-24. La moneda se tornó prácticamente carente de valor y debió ser reemplazada por una nueva. Los tribunales y la Cámara Legislativa efectuaron una revaluación parcial de las deudas.

6. La solución nominalista y sus excepciones.

El enfoque del derecho existente en casi todo el mundo moderno se basa en la teoría nominalista. El derecho monetario se basa sobre un único principio, el nominalista, que traspassa al mismo y lo configura en mucho mayor grado que cualesquiera de las otras normas dominantes en todas las otras ramas del derecho. Si cualquiera desea estudiar el derecho monetario existente, deberá estudiar el principio nominalista y de esa forma comprenderá todo el enfoque de este derecho.

Teóricamente, el principio nominalista es tan sólo un **jus dispositivum**, y por lo tanto las partes privadas pueden dar una solución diferente por mutuo consentimiento. Estas excepciones, cláusulas de valor, se utilizan en muchos lugares del mundo, por ejemplo, cláusulas de valor oro, cláusulas de valor de la moneda extranjera, cláusulas de valor del índice del costo de vida. En los EE. UU., el 5 de junio de 1933, una Resolución Conjunta del Congreso abrogó las cláusulas de valor oro tanto retroactiva como prospectivamente; son nulas, y las cláusulas de valor de la moneda extranjera se consideran imprácticas y el valor del índice del costo de vida rara vez se utiliza, y de ser así, se hace principalmente en los contratos colectivos de mano de obra.

A través de las normas generales del derecho privado se han creado ciertas excepciones a la solución nominalista. Los cambios en el valor del dinero se tienen en cuenta en mayor grado al evaluar los daños y perjuicios en desfalcos, violaciones contractuales antes que en otras ramas de la ley. En ciertos casos pueden reclamarse daños y perjuicios por pagos diferidos, y los contratos ejecutorios bilaterales se consideran frustrados en razón de los cambios materiales sufridos por el valor del dinero, y la equidad considera en cierta medida los cambios en el valor del dinero. No obstante, todas esas excepciones no son numerosas, y aún no se han establecido firmemente en la ley.

El derecho monetario anglosajón existente es una rama subdesarrollada de la jurisprudencia, al no haberse desarrollado en el curso de los últimos cincuenta años. Adopta las mismas soluciones en una era de inestabilidad en el valor del dinero que las que se adoptaron al prevalecer una estabilidad general en el mismo. El derecho monetario no tiene en cuenta el cambio social que se produjo durante este período. Lo mismo se aplica a otros sistemas del derecho en todo el mundo.

C. El Trasfondo Económico y Social

1. Las consideraciones económicas.

¿Es posible el crecimiento sin inflación? Varios autores de economía creen que la respuesta debiera ser afirmativa.⁴ No obstante, aunque fuera teóricamente posible, es muy difícil lograrlo en la práctica. Los recursos monetarios adicionales producidos por una política monetaria barata suministran tanto un estímulo para la expansión de la producción y de los medios financieros que requiere. Los factores psicológicos juegan un papel considerable en la determinación de la disposición o falta de disposición de los propietarios del poder adquisitivo para ejercerlo. El aumento en la demanda tiende, con un cierto intervalo de tiempo, a un aumento en la producción. En la práctica resulta más fácil aumentar la producción en determinadas circunstancias, es decir, la oferta, que aumentar la demanda. La demanda es configurada por las convenciones sociales, que son más rígidas. La inflación, por lo tanto, se ha convertido en un hecho diario.⁵

Durante un período inflacionario la industria y la agricultura tienden a utilizar totalmente su capacidad productiva. También tienden a aumentar su capacidad productiva mediante inversión de capital, que es estimulada y posibilitada financieramente por la inflación. La inflación no estimula los ahorros y por lo tanto estimula el consumo, que crea la demanda. Hay dos tipos principales de inflación conocidos: el arrastre de la demanda y el empuje del costo. La segunda es el resultado de la presión ejercida por la mano de obra organizada solicitando aumentos de sueldo.

Si las tasas de interés se elevan a un nivel lo suficientemente elevado para que se tornen efectivas como medida anti-inflacionaria, posiblemente produzcan desempleo.

A menos que la demanda siempre presione sobre la economía, puede existir desempleo, y para mantener tal demanda, probablemente ello implique cierto grado de inflación. Efectivamente, la inflación es el precio para tener un pleno empleo. La inflación paraliza el guardar el dinero, y por lo tanto aumenta el consumo real y la inversión real.

Estos son los argumentos a favor de la inflación. Como tema de política pública entre los siguientes objetivos de la política económica: mantenimiento de pleno empleo, crecimiento y estabilidad del valor del dinero, el último factor se considera, de hecho, como

el menos importante, y la estabilidad en el valor del dinero se sacrifica en aras de la obtención del crecimiento y el pleno empleo.

2. Las Consideraciones Sociales.

Las deudas privadas se devalúan simultáneamente y en la misma proporción que la devaluación de la moneda.⁶

La inflación que sufrieron los EE. UU. desde 1939 hasta 1952 barrieron con alrededor de 500 billones de dólares en deudas privadas.⁷ Una enorme cantidad de poder adquisitivo fue transferida de los hogares al gobierno de EE. UU., en calidad de deudor neto.

La inflación es una forma indirecta de impuesto.⁸ El poder adquisitivo se elimina de los hogares y se transfiere al gobierno. No obstante, la inflación no sólo beneficia al gobierno sino también a varios estratos de la población a expensas de otros estratos. La pérdida en el valor del dinero provoca múltiples cambios sociales y crea profundos resentimientos.

Desde el establecimiento del Estado de Israel en 1948 el valor externo de la libra israelí disminuyó 4,34 veces y su valor interno aún más. Todas las obligaciones a largo plazo, tales como jubilaciones, seguros de vida e hipotecas se tornaron virtualmente desprovistas de valor. La diferencia entre Israel y otros países no es de especie sino de grado. El proceso de la pérdida en el valor del dinero es mundial y los cambios sociales que acarrea siempre asume proporciones tremendas.

La inflación siempre es perniciosa desde el punto de vista de los acreedores y poseedores de ingresos fijos; no se relaciona con ningún principio aparente de equidad.

Todo lo antedicho se aplica a la inflación que avanza lentamente. La inflación galopante no sólo destruye a las clases improductivas, sino es capaz también de infligir serios perjuicios a las clases productivas. No obstante, en el período post-bélico virtualmente no se produjo caso alguno de inflación galopante, salvo en América Latina, donde hubo varios casos y su peligro debe considerarse reducido, si bien puede tornarse mucho mayor en el futuro.

La resistencia a la inflación últimamente asumió proporciones muy grandes. Algunos creen que es un peligro mayor que el enfrentamiento de las super-potencias. Lenin expresó su opinión de que la pérdida en el valor del dinero destruye el sistema capitalista.

3. Las consideraciones políticas.

La inflación resulta políticamente impopular. A medida que se extiende la resistencia a la inflación la opinión pública por último influye sobre el gobierno para que este adopte políticas anti-inflacionarias y declare la guerra a la inflación. Así sucedió en los EE. UU. Desde que accediera al poder, el presidente Nixon declaró la guerra a la inflación. Creyó que semejante guerra podría ser políticamente popular. Se adoptaron varias medidas anti-inflacionarias que, en efecto, provocaron una leve recesión y aumentaron en gran medida el desempleo. En 1969-70 y 1973-74, sin embargo, no se ganó la guerra contra la inflación aún cuando el presidente Ford declarara que en 1974 la inflación era el enemigo público número uno. Las políticas anti-inflacionarias que adoptó agravaron en gran medida la recesión subsecuente. La inflación fue sólo parcialmente una inflación de arrastre de demanda. De hecho, el excedente de la demanda se barrió a resultas de las medidas adoptadas y el consumidor redujo su consumo y comenzó a ahorrar una mayor parte de sus ingresos, mayor de lo que fuera antes. En parte, la inflación era una inflación de empuje de los costos, y sólo un período más prolongado de desempleo hubiera servido como remedio contra esta clase de inflación. Desde noviembre de 1970 los confeccionistas de la política se han retirado ante la recesión y hubo una desviación de la política anti-inflacionaria y el desempleo. Sin embargo, ni la guerra contra la inflación ni la recuperación económica fueron fáciles. A principios de 1974 los EE. UU. se dirigían hacia una inflación estancada, una inflación durante el estancamiento económico. A fines de 1974 y hasta abril de 1975 la recesión asumió proporciones peligrosas y sólo en 1976 se inició la recuperación.

En otros países ciertas medidas económicas tales como la devaluación monetaria sólo se adoptan cuando es demasiado tarde y no se adoptan totalmente, ya que el público se opone a medidas que involucren pérdidas en el valor del dinero. En Gran Bretaña, el 18 de noviembre de 1967 se efectuó una devaluación de la libra esterlina comparativamente reducida. Es totalmente posible, sin embargo, que la política de devaluación fuera una de las razones por las cuales el Partido Laborista perdiera las elecciones de 1970. No obstante, la devaluación se llevó a cabo por lo menos tres años después de que surgiera la necesidad de efectuarla; por otra parte, fue demasiado reducida y pronto se tornó evidente que había surgido una necesidad objetiva de una devaluación adicional de la li-

bra esterlina. La libra esterlina parecía hallarse fuerte con respecto al dólar en 1971, pero comenzó a flotar en junio de 1972 y en 1976 vuelve a ser muy débil, existiendo un enorme déficit en la balanza de pagos británica. Puede suponerse que en razón de su falta de popularidad el gobierno temiera efectuar tal devaluación.

A fines de 1969, los profesores de economía de las universidades israelíes recomendaron una nueva devaluación de la moneda israelí. No obstante, el gobierno se mostró renuente a realizar tal devaluación. Por último, el gobierno se vió obligado, en razón de una realidad objetiva, a efectuar tal devaluación, pero se llevaron a cabo sacrificios innecesarios. De hecho, el 23 de agosto de 1971 se efectuó una nueva devaluación de la libra israelí, que empero, fue relativamente leve. Después de la Guerra de Iom Kippur, volvió a surgir la necesidad de efectuar una devaluación, que se efectuó el 10 de noviembre de 1974 y desde junio de 1975 surgió una devaluación de lento avance.

4. Las consideraciones de la política pública.

Desde el punto de vista de la política pública, las consideraciones económicas y sociales en conflicto deberían reconciliarse. El canal a través del cual afectan a la sociedad los cambios económicos es el derecho, y el derecho deberá reformarse a fin de lograr el debido balance de los intereses en conflicto. Desde el punto de vista de sus consecuencias sociales, la inflación deberá reformarse, cuando menos en parte. A pesar de ello, deberemos esforzarnos adicionalmente por lograr el crecimiento y el pleno empleo.

La resistencia a la inflación es, cuando menos parcialmente, peligrosa. La enorme demanda de post-guerra fue creada por la escasez del período bélico y la acumulación del poder adquisitivo a resultas de ello. Con ello adquirió su punto álgido, que continúa hasta la fecha. Desde entonces, por una demanda continua, el consumidor estadounidense ha adquirido una sensación de seguridad, ya que sólo se han producido pocas y más bien leves recesiones en los EE. UU. desde la guerra. No obstante, como lo expresáramos anteriormente, la producción se expande más fácilmente que la demanda. El consumidor se asusta muy fácilmente. Debemos tener en cuenta el problema de la saturación. Muchas de las necesidades de bienes de consumo imperecederos ya se han satisfecho. Nuevas necesidades podrán crearse, y previas necesidades expandirse, pero desde el punto de vista psicológico, es más bien difícil

realizarse sin una sensación de seguridad. Las políticas anti-inflacionarias causan recesiones, y una vez que se inicia una crisis de confianza, le sigue una crisis económica.

Debemos estar en guardia contra fenómenos tales como los que no se produjeron desde la Segunda Guerra Mundial y que pueden tener lugar en el futuro.

La devaluación puede posponerse, pero una vez que surja su necesidad, finalmente deberá llevarse a cabo mientras no se hayan creado otros medios eficaces con los cuales curar el desequilibrio de la balanza de pagos. No obstante, la necesidad de reformar el derecho monetario es imperativa, ya que el derecho no se ha adaptado a la realidad moderna y no satisface los requerimientos de la política pública.

D: La Reforma Surgida para el Derecho Monetario.

1. Libertad Contractual.

Enumeraremos unas pocas sugerencias para la reforma del derecho monetario a continuación. El primer problema, y el más importante, es la libertad de incluir formas de protección contractual contra las pérdidas del valor del dinero, es decir, cláusulas de valor. Tal libertad contractual es sólo parcial actualmente, y en muchos casos, ilusoria. En los EE. UU. las cláusulas referidas al valor oro son nulas y las de valor de la moneda extranjera, imprácticas; las cláusulas del valor del índice del costo de vida sólo se usan de vez en cuando. Las circunstancias se han alterado en gran medida desde junio de 1933 y no hay motivo alguno por el cual las cláusulas de valor oro deban ser nulas en los EE. UU. La libertad de incluir cláusulas referidas al valor oro provee una salida legítima en caso de una crisis del oro, ya que la parte privada no se interesa en el oro concreto sino en el valor del oro. Si las cláusulas de valor oro hubieran sido válidas en marzo de 1968 ó en 1971 y en 1973 en los EE. UU., las crisis del oro que se produjeron en el establecimiento del sistema doble del precio del oro se hubieran podido superar fácilmente; se hubiera creado sin dificultad el papel oro, por contraposición al metal oro, que escaseaba. El problema del oro todavía es tema de discusión.

Mientras las cláusulas del valor constituyen la excepción, y no la regla, no contribuyen a la inflación y no son peligrosas desde el punto de vista de la política gubernamental.

En países como EE. UU., donde las cláusulas de valor rara vez se incluyen, pasarán muchos años antes de que se incluyan en forma generalizada en las obligaciones, tal como se hiciera en 1933. El problema de la inercia, de la adopción de riesgos, etc., pospondrá su uso general por espacio de muchos años. Hasta en Gran Bretaña, que ahora sufre de inestabilidad en el valor del dinero, tales cláusulas sólo se incluyen de vez en cuando.

2. Desviación de la solución nominalista en el caso de obligaciones a largo plazo.

Actualmente, las obligaciones a largo plazo —por espacio de diez o más años—, tienden a perder gran parte de su valor. En ciertos países tales como Israel, los bonos, las obligaciones de seguro de vida, hipotecas y alquileres a largo plazo se tornan prácticamente despreciables al vencer, mientras que en otros países tales como EE. UU., Gran Bretaña y otros, pierden parte de su valor. El interés que se les suministra en muchos casos se torna negativo, ya que el dinero tiende a perder su valor con más rapidez, y el interés contractual no puede compensar al propietario por las pérdidas en que incurre mientras no se torne prohibitivo. Sin embargo, requerimos créditos a largo plazo tanto desde el punto de vista económico como social. Los emisores de tales obligaciones pueden protegerse de las pérdidas de valor, ya que las obligaciones son a largo plazo y no sería sino justo exigir la devolución del valor de acuerdo con el poder adquisitivo recibido al efectuar el contrato. Esta es la solución valorista. Tal solución implica muchas dificultades, tanto legales como económicas, pero será mucho más justa que la solución actual. Tendemos a clasificar las obligaciones como de largo plazo si son por espacio de diez años o más, pero en ciertos países y épocas, las obligaciones de hasta cinco años o más deberían considerarse como de largo plazo y debería aplicárseles la solución valorista.

3. Revisiones Periódicas.

Como cuestión de política pública, deberían efectuarse revisiones periódicas de la política social y económica. El gobierno debería tener en cuenta los cambios de valor del dinero producido durante el intervalo transcurrido desde la última revisión. Si las pérdidas de valor fueron considerables, las reformas de la ley a través de revalúos cuando menos parciales de las obligaciones pre-

vias, deberán ser llevados a cabo. En Israel de vez en cuando surge una inestabilidad social general, discusiones industriales, huelgas, etc. a resultas de los cambios en el valor del dinero. Estos fenómenos ocurren debido al hecho de que el gobierno no realiza, como cuestión de política, los reajustes necesarios para corregir el equilibrio social que se ve por lo menos parcialmente socavado debido a las pérdidas en el valor del dinero. Por último, debido a la presión, el gobierno debe ceder. Por lo tanto, puede considerarse como más importante que correcto. Tales fenómenos también tienen lugar en otros países.

4. Las excepciones a la solución nominalista.

Ya hemos mencionado que en ciertos casos el derecho existente reconoce excepciones a la solución nominalista. Tales excepciones deberían extenderse y establecerse más firmemente.

Las excepciones se hallan en el campo de la evaluación de los daños y perjuicios, entuertos y violaciones contractuales, en el caso de socorro de equidad, daños y perjuicios por pagos diferidos y contratos ejecutorios bilaterales. A. Nussbaum⁹, el eminente escritor de derecho monetario, divide las obligaciones en adaptables y no adaptables. Las obligaciones adaptables son aquellas para cuya evaluación se tienen en cuenta los cambios en el valor del dinero. La división original la ejecutó el derecho alemán, que reconoce las deudas de valor, **Wertschulden**.

La aceptación de las excepciones de la solución nominalista no obstaculiza en gran medida el camino de la política gubernamental, pero suministra una solución más justa a los conflictos privados.

Deberían establecerse muchas más excepciones, y evitarse los sacrificios innecesarios.

5. Un Caso Especial.

En el caso de la inflación galopante, cuando el valor del dinero disminuye rápida y considerablemente, el enfoque nominalista deberá dejarse de lado y deberá o adoptarse el enfoque valorista o la revaluación de las obligaciones pasadas.

Tal revaluación se efectuó en Alemania, durante la gran inflación de 1920-24. No obstante, la revaluación no fue sino par-

cial, y se efectuó demasiado tarde, ya que los legisladores y jueces no estaban preparados para la crisis subsecuente. Muchos historiadores creen que la inflación alemana, que arruinó a la clase media, fue una de las razones del acceso al poder de Hitler.¹⁰

El derecho debe adoptar el enfoque de que la solución nominalista sólo tiene aplicación en épocas relativamente normales, inclusive períodos de inflaciones leves, y no en períodos de graves crisis monetarias y desastres. De lo contrario, la historia podrá volver a repetirse.

El peligro de las inflaciones galopantes en la actualidad en los países desarrollados no es grande. No obstante, en los países subdesarrollados este peligro constituye un riesgo práctico.

E: Conclusiones.

Creemos que la actual solución adoptada por la ley, es decir, la solución nominalista, no es satisfactoria ni desde el punto de vista de los actuales requerimientos sociales ni desde el de la política pública contemporánea. La ley no se ha adaptado a las realidades sociales y económicas contemporáneas.

En los últimos cincuenta y seis años, la inestabilidad monetaria ha prevalecido, y es el resultado del enfoque de que el crecimiento y el pleno empleo son requisitos más importantes de la política pública que la estabilidad del valor del dinero. El derecho aún adopta la misma solución que adoptara durante el período de estabilidad del valor del dinero.

El derecho monetario deberá reformarse para reconciliar más justa y eficazmente los requisitos económicos y sociales en conflicto.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. *Tractatus Contractuum et usurarum*, 1546.
2. *Gilbert v. Brett (1604) Davis 18*, 2 Juicios de Estado 114.
3. Mann, *The legal aspects of money*, 2ª ed., Oxford, 1953, págs. 66-70.
- 3a. Sobre el derecho monetario en general en los países anglosajones, ver A. Nussbaum, *Money in the law National International*, 2ª ed., Brooklyn, 1950 y F. A. Mann, loc. cit., y E. Hirschberg, *The Nominalistic Principle*, Ramat Gan, Israel, 1971 and "The Impact of Inflation and Devaluation on Private Obligations," Bar Ilan University, Ramat Gan, Israel.
4. Ver por ejemplo Arthur F. Burns, *Prosperity without inflation*, Nueva York, 1957.
5. Ver sobre la inflación por ejemplo Paul Einzig, *Inflation* Londres, 1952; y Thorn and Quand, *The New Inflation*, Nueva York, 1959.
6. A. C. Pigou, *The Veil of Money*, Londres, 1949, pág. 4.
7. G. L. Bach, *Inflation*, 1958, pág. 26.
8. Amotz Morga, *On Taxes and Inflation*, Nueva York, 1964.
9. *Money in the Law*, Brooklyn, 1950.
10. Ver E. Hirschberg, "The Nominalistic Principle, a legal approach to inflation and devaluation", Bar Ilan University, Ramat Gan, Israel, 1971 y "The Impact of Inflation and Devaluation on Private Legal Obligations, Bar Ilan Univ., 1976.

JURISPRUDENCIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Dr. Gabriel Jaramillo González

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO:

El día veintidos (22) de Octubre de mil novecientos setenta y seis (1976), a las cuatro de la tarde (4 p.m.), se constituyó el Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral, en audiencia pública para llevar a efecto la de JUZGAMIENTO en el presente juicio social ordinario de MARCO AURELIO ACOSTA ZAPATA contra la sociedad FABRICA DE HILADOS Y TEJIDOS DEL HATO S. A. —FABRICATO—, tal como estaba previsto en auto anterior. El Magistrado del conocimiento, Dr. GABRIEL JARAMILLO GONZALEZ, declaró abierto el acto, al cual no concurrieron durante la hora judicial las partes ni sus apoderados, pero actuando dentro de la audiencia la Sala, previa deliberación sobre el asunto según se hizo constar en el acta N° 183 de la fecha, y con ponencia del mismo señor magistrado, acordó la resolución que quedó concebida en los términos que a continuación se expresan.

El señor Marco Aurelio Acosta Zapata, mayor de edad y de este vecindario, asistido de apoderado judicial, demandó a la mencionada firma, representada para efectos laborales por el Dr. Augusto Mejía Cuervo, en orden a obtener que fuera condenada a REINTEGRARLO AL MISMO CARGO Y EN LAS MISMAS CONDICIONES DE EMPLEO QUE TENIA AL MOMENTO DE SU DESPIDO Y A RECONOCERLE Y PAGARLE "los salarios y prestaciones legales y convencionales que se habrían causado de

no haber sido despedido”, previa declaración de que la dirección de la compañía Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. —Fabricato— INCURRIO EN ABUSO DEL DERECHO por haberlo despedido injustamente “haciendo uso del artículo 8º del decreto 2351 de 1965, cuando sólo le faltaba un día para cumplir los diez (10) años de servicios”. Pidió que la entidad fuera condenada en las costas.

Como hechos sustentadores de sus pretensiones expuso el peticionario en resumen:

Que trabajó al servicio de la empresa “Fabricato” durante el lapso comprendido entre el 23 de Noviembre de 1964 y el 21 de Noviembre de 1974, es decir que a la fecha de desvinculación sólo le faltaba un día para completar los diez (10) años. Que desempeñó el oficio de mecánico con un salario promedio diario de \$ 111.50. Que “Con ostensible abuso del derecho y sin que mediara justa causa ni móvil alguno, el 21 de Noviembre de 1974, unilateral e injustamente le fue cancelado su contrato de trabajo mediante aplicación del artículo 8º del decreto 2351 de 1965”, sin que la representación patronal tuviera en cuenta que el día siguiente, al despido cumplía diez (10) años continuos de servicios, “momento éste en que adquiriría un relativo derecho a la estabilidad en el empleo y por lo menos la expectativa de la causación de algunas prestaciones legales y convencionales”, y que nunca antes se le había impuesto una sanción así fuera leve pero ni siquiera se le había llamado la atención en razón de su empleo, sin que tampoco apreciara al efecto la compañía su intachable comportamiento anterior, hechos que, según lo afirma, “son inequívocamente indicativos de que la empresa buscó con ello defraudar intereses actuales o potenciales de su extrabajador, por lo que se tipifica en forma clara el abuso del derecho”. Que en esta ciudad funciona una organización gremial de primer grado con la denominación de Asociación de Trabajadores Metalmeccánicos Textiles de Antioquia a la que él, el actor, estuvo afiliado hasta la fecha de la cancelación unilateral por parte de la dirección patronal de su contrato de trabajo, y que entre la empresa y la dicha organización sindical se han suscrito varias Convenciones Colectivas de Trabajo para regular las relaciones obrero-patronales.

Dentro del término del traslado el señor representante para asuntos laborales de la empresa demandada, contestó la demanda en estos términos:

Dijo que “Es verídica la fecha de desvinculación del demandante mas no la de ingreso al servicio de la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.”. Que “Es correcto el oficio. Sin embargo el salario promedio diario era de \$ 111.02. Que “Es cierto que el señor Acosta fue despedido con fundamento en el artículo 8º del decreto 2351 y por ello, se le pagó la indemnización del caso”, pero que no por ello puede afirmarse que la empresa hubiera incurrido en abuso del derecho y que tampoco es verídico “aquello del ‘intachable comportamiento’ del demandante”. Que son ciertas las manifestaciones hechas por el actor en el hecho cuarto de su libelo. Por consiguiente, se opuso a las pretensiones que él plantea.

Mediante sentencia del veintisiete (27) de Marzo pasado, el señor Juez Laboral del Circuito de Bello ABSOLVIO a la parte opositora de las impetraciones del accionante, y no hizo condena-ción en costas.

Conoce esta Sala del asunto por APELACION de la parte actora:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

— I —

Está probado suficientemente en autos que el señor Marco Aurelio Acosta Zapata, demandante, trabajó al servicio de la compañía denominada FABRICA DE HILADOS Y TEJIDOS DEL HATO S. A. —Fabricato—, durante el lapso comprendido entre el veintitres de Noviembre (23) de 1964 y el veintiuno (21) de Noviembre de 1974. En efecto, así se deduce del tiempo reconocido al ex-trabajador para la liquidación de las prestaciones por la dirección de la sociedad y de los datos recogidos por el señor Juez del conocimiento en la diligencia de Inspección Ocular que practicó a los libros y constancias de pago de trabajadores de la parte demandada (fls. 7 y 43). También constató él en la misma diligencia que el último salario devengado por el accionante fue de \$ 111.02/100 m.l., diarios, en el cargo de “sostenimiento máquinas especiales (mecánico)”.

— II —

En la carta fechada el veintiuno (21) de Noviembre de 1974 por medio de la cual la representación patronal le dio cuenta al señor Acosta Zapata de su determinación unilateral de dar por con-

cluido el contrato de trabajo que con él tenía celebrado, no le adujo ninguna causal justificativa de dicha determinación. Simplemente le dijo:

“Por medio de la presente nos permitimos comunicarle la decisión de ‘Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.’ de cancelar en forma definitiva y a partir de la fecha el contrato de trabajo celebrado con usted. —Le rogamos se virva hacer entrega a su superior inmediato de los enseres que le hubieren sido encomendados para el desempeño de sus funciones y presentarse a la Caja de la Compañía para efectos de pago de prestaciones sociales a que tuviere derecho, así como también la indemnización de que trata el artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, en concordancia con la Convención Colectiva. Asimismo, puede presentarse al médico de la empresa para el examen de retiro.— Agradecemos sus servicios prestados y nos suscribimos de usted atentamente”. La comunicación está suscrita por el señor Jefe de Personal de la compañía y fue entregado en su fecha al destinatario, según se hizo constar ante testigos que la firman en constancia.

— III —

De acuerdo con la sentencia de primer grado, “Mediante la acción pretende el demandante obtener la nulidad absoluta del despido en base al ostensible abuso del derecho, de que hizo gala la empresa demandada al tomar la decisión de rescindir el contrato de trabajo faltando tan sólo un día para el cumplimiento de los diez años de servicio; término que cumplido dá al trabajar prerrogativas legales especiales, como sería una mayor estabilidad y el derecho a la pensión proporcional de jubilación en caso de despido sin justa causa o de retiro posterior.

“La carencia de un interés serio y legítimo en la decisión empresarial de dar por terminado el contrato de trabajo celebrado con el demandante, hace que nos encontremos frente a un caso típico y clarísimo de abuso del derecho, o sea frente a un ejercicio anormal de él, ya que no surge una real justificación en sentido económico y social”.

No obstante las anteriores consideraciones, entiende el fallador de la primera instancia que “nuestra legislación laboral permite este abuso con tal que se pague la indemnización correspondiente a que alude el artículo 8º del decreto 2351 de 1965, por los perjuicios causados al trabajador”, y concluye que, por consiguien-

te, “no permite tomar el ‘abuso del derecho’ como causal o motivo generador de la nulidad o rescisión de un acto jurídico, como es el del despido o rompimiento unilateral del contrato de trabajo por una de las partes (SIC). Solo en virtud de hechos específicamente regulados en la Ley, podrá el juzgador declarar la nulidad”. En consecuencia, absolvió a la parte opositora de las pretensiones planteadas en el libelo demandador.

— IV —

En su alegación de esta instancia, se apresura el señor apoderado recurrente a manifestar en primer término que “lo que se planteó no fue propiamente la nulidad del despido, sino el acogimiento de uno de los derechos que en forma alternativa pueden surgir del despido incausado, a la luz de la legislación colombiana” (fl. 59). Ello, como consecuencia del ABUSO DEL DERECHO que alega. Y como en verdad esta aseveración es ajustada a las constancias procesales, la Sala hará el estudio pertinente al caso, y, luego, adoptará la resolución que corresponda.

— V —

El artículo 8º del decreto 2351 de 1965, en su numeral 1, estatuyó que “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable”. Y en los numerales 2 a 5 señala la escala de indemnizaciones que deberá pagar el patrono en caso de despido del trabajador sin justa causa comprobada o cuando da lugar a la terminación unilateral del contrato por parte del trabajador (renuncia provocada o despido indirecto) “por alguna de las causas contempladas en la ley”, como también fija otras consecuencias de la decisión unilateral patronal de dar por terminado el contrato cuando el trabajador tiene cumplidos al servicio del empleador “diez años continuos de servicio y fuere despedido sin justa causa”. Y esas consecuencias son el reintegro y pago de salarios y prestaciones del tiempo de cesantía, o la indemnización por el despido.

— VI —

Estando probado en el caso de autos que el actor tenía cumplidos al servicio de la firma patronal nueve (9) años, once (11) meses y veintinueve (29) días, en forma ininterrumpida, esto es,

continuos, a la fecha de su despido, es apenas lógico entender, en criterio de la Sala, que debe equipararse su situación a la de aquel que al momento de la cancelación unilateral de su contrato por parte del empleador tuviera diez (10) años de vinculación. Razones de simple equidad llevan lógicamente a esa conclusión. Y es por ello por lo que conviene hacer algunas precisiones acerca de lo que la Sala entiende por EQUIDAD.

La equidad es la justicia aplicada al caso concreto planteado, habida cuenta de sus especiales peculiaridades o características. Y más exactamente consiste en tratar de darle a una situación determinada el mismo tratamiento que razonablemente le habría dado el legislador de haberla conocido.

“La equidad es una de las posibles variantes de la justicia, más no la única. Hay, pues, formas de justicia que no son forma de equidad. Justicia es concepto genérico y, por ende, contiene al otro; el de equidad, en cambio, es noción específica. Luego todo lo que es equitativo es justo, mas no todo lo que es justo realiza la otra virtud. Haciendo uso de giros modernos cabría decir que la clase de los actos justos incluye a la de los equitativos, o que la segunda es subclase de la primera”, comenta el destacado iusfilósofo Eduardo García Maynez, y a renglón seguido agrega:

“Por eso escribe el filósofo que aun cuando lo equitativo sea diferente de lo justo y valga más, no es mejor que lo justo ‘porque sea de otro género’. Pertenece al mismo, pero realiza la justicia de modo más perfecto. ¿Cuál es la diferencia específica?...

“Lo equitativo —prosigue Aristóteles—, es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal. La causa de esto está en que toda ley es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición general. En los casos, pues, en que de necesidad se ha de hablar en general, por más que no sea posible hacerlo correctamente, la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de errar. Y no por ello es menos recta, porque el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente, la materia de las cosas prácticas.

“Hay, pues, dos formas o manifestaciones específicas de la justicia: la legal o abstracta, genéricamente referida a casos de cierta clase, y la que se ciñe o ajusta a las peculiaridades de una situación concreta y, de acuerdo con ellas, la resuelve. Esta última, rec-

tificadora de los defectos de la otra, es la que recibe el nombre de equidad. Si la tarea del legislador estriba en regular jurídicamente la conducta de los miembros de un grupo, el encargado de hacerlo sólo podrá cumplir su misión por medio de normas generales que, dada su índole abstracta, no podrán abarcar todos los aspectos de la experiencia jurídica, sino sólo ‘los más ordinarios’. Pero, aún tratándose de las situaciones que el legislador reguló y que, eo ipso, cabe considerar como casos de aplicación de sus preceptos, la ‘posibilidad de error’ no queda excluida, porque el carácter genérico de las leyes impide a su autor atender a todas las peculiaridades de los hechos que tuvo en cuenta el legislar. El inevitable esquematismo de las normas legales hace que a veces no se adapten bien a las situaciones abstráctamente descritas por los órganos de creación jurídica. Esto no significa que la norma genérica ‘sea menos recta’ sino que sólo resuelve justamente los casos que el legislador previó al promulgarla. Si en relación con otros que no consideró especialmente y que, no obstante, caen bajo el supuesto legal, no puede decirse lo propio, la deficiencia no está en la ley ni en quien la hizo, ‘sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente, la materia de las cosas prácticas’.

“En consecuencia, cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador falló y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado.

“Por tanto, lo equitativo es justo, y aún es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y esta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general.

“El primero de estos párrafos claramente indica que cuando Aristóteles declara que es lícito corregir la ley ‘en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos’, sin duda piensa en el problema de las lagunas, y concibe la equidad como procedimiento de integración...”. Y más adelante señala el mismo autor:

“Si bien las normas que el legislador expide son siempre, de acuerdo con su naturaleza, reglas genéricas o abstractas, su misión consiste en regular casos concretos de la experiencia jurídi-

ca, y esa misión sólo encuentra su término cuando son aplicadas a situaciones particulares. El legislador no lo ignora; pero al formular los preceptos legales, no puede conocer todas las características de esas situaciones...

“La obra que el legislador inicia en su propia órbita debe alcanzar su término y perfeccionamiento en el trabajo del juez, que es tarea correctiva de las deficiencias a que da origen la generalidad de la ley, o adaptadora de sus preceptos a los casos particulares. Por ello escribe el Estagirita que ‘ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada’...” (Lógica del raciocinio jurídico, E. García Maynez, Publicaciones de Diánoia, Fondo de Cultura Económica Méjico, Buenos Aires, Págs. 89, 90, 92).

El profesor B. Mantilla Pineda, expone:

“En la confrontación de la norma general con el caso concreto tiene origen el problema de la aplicación del derecho mismo. Con la norma no tenemos todavía la resolución de los casos concretos que la vida social presenta diariamente. Es necesario un trabajo especial para la aplicación de la norma abstracta a los casos concretos. El descendimiento de la norma, por decirlo así, de las alturas conceptuales a los bajos menesteres de la realidad concreta, tiene lugar ordinariamente en la decisión administrativa y en la sentencia judicial...”

“Para alcanzar una aplicación correcta de la norma, es necesario sobre todo, una interpretación del sentido objetivo de la misma, es decir, de su exacta significación. No de la letra de la ley sino de su espíritu, como repiten los juristas. Algunos intérpretes creyeron que para entrar en la exacta significación de la norma, era necesario descubrir la auténtica intención que el legislador depositó en ella. Pero como la vida social y sus necesidades reales dejan atrás en su marcha incesante las previsiones del legislador más vidente, otros intérpretes más avisados comprendieron que **el sentido objetivo de la norma va más allá de la intención histórica** de quienes la formularon.

Y más adelante el citado autor, contempla, como correctivo de la norma abstracta, entre otros, el de la equidad, y anota:

“Ya Aristóteles en su ‘Ética de Nicomaco’ hace alusión a la necesidad de atemperar el rigor de la norma” mediante ‘la equidad’, cuando se aplica al caso concreto. El sabio de Estagira comparaba la equidad con la regla lesbia, fabricada en material dútil

a modo de cartabón, para que se acomodara a las sinuosidades de las cosas que se medían con ella. ‘La equidad, dice Del Vecchio, no quiere que la norma de derecho sea infringida, sino únicamente que se aplique a las varias contingencias de hecho, porque así lo requiere su propio fin y función...’...”

Ya antes, hablando de la forma de aplicación de la norma, había expuesto:

“Con la escuela francesa de la exégesis ha prevalecido en los círculos jurídicos la opinión infundada de que la aplicación de la norma se reduce a un mecanismo silogístico, a un mero proceso lógico. Según esta opinión tan difundida como poco satisfactoria, la norma funciona a modo de premisa mayor, el caso concreto como premisa menor y la sentencia como conclusión. Aunque el proceso jurídico de aplicación del derecho sea semejante en su aspecto formal al proceso silogístico, dista mucho en su aspecto material. La aplicación de la norma no es un mero caso de individuación lógica, es decir, del paso del género o la especie al individuo, sino una adecuación de las exigencias jurídicas de la norma con las condiciones éticas del caso concreto, del deber ser jurídico con el hecho consumado (en la sentencia judicial) o por consumarse (en la decisión administrativa). La aplicación mecánica de la norma, además de insuficiente, resulta muchas veces una flagrante injusticia. Los juristas romanos advirtieron con profunda sabiduría que la escueta aplicación de la norma al caso concreto redundaba en notoria injusticia: ‘Summun jus, summa injuria’.

“En contra de esta tendencia mecanicista y silogística de la aplicación de la norma, se han alzado en nuestro tiempo voces de protesta de las más diversas procedencias, pero principalmente de la libre investigación científica en Francia, del derecho libre en Alemania y del realismo jurídico en Estados Unidos de Norte-América. A decir verdad, aunque hoy tome el carácter de problema fundamental, nunca se ignoró la dificultad de la aplicación de la norma jurídica al caso concreto. ‘La ofensiva, o, mejor dicho, las muchas ofensivas contra la lógica tradicional en materia de los contenidos jurídicos, afirma Luis Recaséns Siches, se han producido inicial y principalmente en el campo de la interpretación, tanto de la interpretación práctica como de la teoría de la interpretación, sobre todo en el ámbito de la aplicación judicial del derecho, pero también en el de la aplicación administrativa... Se trata de un tema que, más o menos, ha estado siempre presente en el pensamiento jurídico. Pero en el último medio siglo

se ha dado a este tema un relieve superlativo y una atención preferente, que no había tenido antes'". (Filosofía del Derecho. Editorial Univ. de Antioquia, 1961, Págs. 173 a 175).

— VII —

La Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, ha entendido que el Derecho del Trabajo es un derecho fundado, primordialmente, en la equidad. Así puede advertirse en CASACIONES de 23 de Mayo de 1966 (G. CXVI, pág. 406), de 31 de Marzo del mismo año (G. CXV, pág. 373) y de 30 de Junio de 1970 (G. CXXXV, pág. 381), acogidas y repetidamente aplicadas por este Tribunal en su Sala Laboral y por esta Sala de Decisión. Y concretamente, con relación al derecho de VACACIONES, en caso similar, mutatis mutandis, al de autos, había dicho el extinto Tribunal Supremo del Trabajo:

"Ciertamente no es justo que a un trabajador despedido pocos días antes de cumplir el año de labores que exige la ley para adquirir el derecho a las vacaciones, se le niegue la correspondiente compensación en dinero..." (Cas. 7 de Diciembre/51, G. del T., VII, Nos.: 59/64, pág. 450), también citada por el señor apoderado apelante.

Sobre la misma materia dice el muy connotado tratadista español de Derecho Procesal Laboral, Juan Menéndez Pidal:

"Entre los principios generales de Derecho Social, merece especial mención la equidad, puesto que se afirma que esta es una jurisdicción de equidad, que para nosotros es una justicia social templada por la caridad cristiana, siempre en consonancia con la moral y la razón" (Derecho Procesal Social, 2ª Ed., Editorial Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1950 - 38).

— VIII —

Las consideraciones que se hacen en los dos apartados inmediatamente precedentes, son la base para estimar que la norma consagrada en el artículo 8º, numeral 5, del decreto 2351 de 1965, es aplicable en situaciones como la que se plantea aquí. De no dársele ese entendimiento a dicha norma, en casos como el que se estudia, se le despojaría de su verdadero espíritu. Y ello equivaldría a situar a los trabajadores dependientes que se hallan en trance de llegar a los diez (10) años de servicios, ante el discrimen de

una especie de suplicio apenas comparable al del famoso personaje de la mitología griega que, sumergido hasta el cuello en medio de las aguas cristalinas, veía, con amargura, que se alejaban esquivas cuando acosado por la sed trataba de beber de ellas.

— IX —

Desde luego que la verdadera causa para que sea viable la aplicación de ese precepto legal en este caso es, como ya se ha dicho, el abuso manifiesto y palmario en que incurrió la entidad patronal al despedir a su trabajador cuando se encontraba a sólo un día de completar diez (10) años continuos de vinculación a su servicio, lo que vino a constituir un verdadero abuso del derecho establecido en el mencionado artículo 8º del ordenamiento igualmente aludido.

No es que la ley consagre o autorice al patrono para abusar de su derecho, como pretende entenderlo el **a quo**. Se establece el derecho a fin de que haga de él un uso adecuado a su finalidad; mas no como en este caso sucedió, para que llegue hasta el extremo inaceptable de esperar hasta cuando el asalariado dependiente suyo se encuentre en el umbral, permítasele a la Sala la expresión, de obtener una relativa estabilidad en su empleo y de adquirir derechos adicionales de que no gozan los trabajadores que no han llegado a esa situación. Eso resulta inconcebible, porque ya el interesado tenía la esperanza fundada de gozar de tales garantías.

— X —

Como lo hace notar con acierto el señor apoderado recurrente, en su alegación de esta instancia, la teoría del ABUSO DE DERECHO fue un golpe certero contra la concepción individualista de los derechos subjetivos consagrados en el Código Napoleónico y en los demás de Europa y de América que buscaron en él su inspiración.

Varias teorías se formaron para explicar la razón o fundamento de la relatividad de los derechos, ya que cada uno de los consagrados en la ley tiene una finalidad determinada, de la cual no es posible que lo haga desviar su titular. Ha de ejercitarse dentro de su objetivo y el que abusa de él o lo ejercite con desviación del fin previsto compromete su responsabilidad para con la víctima a quien con tal proceder perjudica.

Para algunos autores como Ripert, únicamente se abusa del derecho cuando se ejercita con la intención de perjudicar a otro, esto es, con el "animus nocendi". Pero esa tesis fue pronto abandonada y reemplazada por el criterio funcional o "del motivo legítimo", propugnando por Josserand, con base en que cada derecho tiene su fin u objeto propio, y quien pretenda apartarlo de su misión social incurre en conducta delictuosa o cuasidelictuosa, es decir, abusa de él y compromete su responsabilidad. Ese segundo criterio también ha sido rechazado por autores tan connotados como los hermanos Mazeaud tanto por la dificultad que se advierte para determinar la función de los distintos derechos consagrados por el legislador, como porque puede prestarse a la arbitrariedad. Explica que es muy distinto el criterio que se forman un socialista y un enemigo de las doctrinas de Marx sobre el fin social de los derechos, y de ahí que sea necesario acudir a la noción de CULPA, para concretar si ha habido o no se configura el abuso del derecho.

"De esa suerte, ha dicho la Honorable Corte, la aplicación de la teoría del abuso del derecho debe hacerse con sujeción estricta a los principios que gobiernan la responsabilidad delictual y cuasidelictual en nuestro Código Civil. Así lo ha entendido la Corte en numerosos fallos fundados en las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 de aquel estatuto. La primera de estas normas, en efecto, no distingue si el hecho allí previsto ha sido realizado en virtud de la simple libertad o en ejercicio de un derecho definido, porque la palabra culpa no supone necesariamente extralimitación de un derecho, ni el vocablo daño implica ausencia de derecho en quien lo causa. No son incompatibles las nociones de culpa y de ejercicio de un derecho. Y el precepto del 2356, por otra parte, tiene un alcance muy general, que bien puede abarcar los actos ilegales, las omisiones no ilegales y los actos abusivos que acarrean perjuicios. Es un precepto que sin mayor esfuerzo interpretativo permite la sanción del ejercicio perjudicial de un derecho" (G. CXXXII, 177 y 176).

Es decir que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la H. Corte, "hay abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culposamente, o sea cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. **La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en**

vista del cual se ha concedido el derecho, sirven al Juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta" (G. LXXX, 635. Las subrayas no son del texto).

Igual criterio para explicar la naturaleza jurídica del abuso del derecho al expuesto por nuestra máxima corporación judicial sustentan los autores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva al afirmar: "Creemos que el abuso del derecho no es sino la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil. El abuso del derecho no es sino una especie de acto ilícito. El problema que suscita debe ser resuelto de acuerdo con los principios del delito o cuasidelito" (Cita en Revista JURISPRUDENCIA CIVIL, Septiembre 1970, N° 1, del Tribunal Superior de Medellín, 1963, a 1970, pág. 14).

— XI —

La teoría del abuso del derecho, empero, se remonta a la época de la Ley de Partidas Española. En efecto establecía la ley 19, Tit. XXXII, Part. III: "Ca según que dixeron los sabios antiguos, maguer el ome haya poder de facer en lo suyo lo que quiziera, pero deuelo facer de manera que no faga daño, nin tuerto a otro". (Cita del Dr. Cabanellas de Torre, en su Diccionario de Derecho Usual, primera Edición, Pág. 20).

— XII —

Por manera que, en síntesis, y con referencia al caso en cuestión, al proceder la dirección de la empresa a despedir a Marco Aurelio Acosta Zapata, sin tener un interés económico o social actual, ya que en verdad, como asimismo lo pone de presente en su alegación ante el Tribunal su distinguido apoderado para entonces no registra ninguna falta grave por la cual hubiera sido sancionado, según lo constató el señor Juez del conocimiento en el asunto en la inspección ocular ameritada, en esas condiciones, repite la Sala, es notorio y palmario que la dirección patronal incurrió en abuso del derecho, pues al mismo tiempo trató de impedir que el trabajador arribara a los diez años de servicios continuos, procurando con esa actuación obstaculizar la adquisición de los derechos y garantías que la ley consagra para quienes alcanzan

XIII) de los considerandos de este proveimiento, que le pagó a título de prestaciones e indemnización por su despido.

QUINTO.- LAS COSTAS, en ambas instancias, son de cargo de la parte patronal.

Déjese copia de lo resuelto en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, DEVUELVASE el expediente al Juzgado de procedencia.

Lo resuelto se notifica EN ESTRADOS.

Los Magistrados,

Gabriel Jaramillo González

Lázaro Martínez Syro.

Félix Mejía Aranzazu.

El Secretario,

Jesús Giraldo Vargas.

ANOTACIONES PARA UNA HISTORIA DE LA FACULTAD DE DERECHO U. DE A.

José Jaramillo Alzate

Los orígenes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia hay que retomarlos en los mismos orígenes de la Universidad. Si se acepta, como algunos historiadores lo han establecido, que la prehistoria del claustro universitario data de 1806, tomando como principio genitor el colegio franciscano que regentó el padre Laserna, hay que admitir, también que desde esa época se pensó en la organización de los estudios de jurisprudencia, tal vez con el valor complementario en la formación de los letrados que habían recibido su ilustración en las clases de filosofía y de gramática. No otra cosa indica el hecho mismo de que en el plan de estudios elaborado por el propio padre Laserna y presentado para buscar la permisión real, se incluyeran las materias de cánones y leyes, siguiendo pautas académicas que ya se habían conocido en los colegios de San Bartolomé, San Buenaventura y el Rosario, en la capital. Era un plan concebido al influjo de la constante emulación que en materia de enseñanza y expansión doctrinaria mantenían dominicos, franciscanos y jesuitas. Un plan montado para el desarrollo de la ciencia política sobre las cátedras de derecho civil y canónico.

El proyecto de programa académico presentado por el padre Laserna al Virrey por conducto del Procurador General de la Comunidad, fue sometido al estudio de una comisión integrada por doce personas que representaban organismos aprobados de educación superior. De esa comisión formaban parte, por el Colegio Universidad, el prior José Rojas y los padres Mariano Garnica y José

de Jesús Saavedra; por el Colegio de San Bartolomé, los doctores Francisco Margallo, Frutos Joaquín Gutiérrez y Custodio García Rovira; por el Colegio de San Buenaventura, el padre Fray Nicolás Bernamón, Fray Felipe Guirrán y Fray Manuel Rojas; por el Colegio del Rosario, los doctores Rafael Lazo, Luis García y Camilo Torres.

Fue el rosarista Camilo Torres, cuya reputación como abogado, catedrático y maestro del foro, le daba condiciones excepcionalmente influyentes, quien con mayor énfasis se opuso a los estudios de derecho civil y canónico en el colegio franciscano de Antioquia. Estos estudios, conceptuó, no convienen en modo alguno en un colegio claustral, cual se supone ser el de Medellín. "No puede ser la intención de S. M. semejante concesión. En efecto, qué derecho enseñarían unos religiosos observantes, que no lo han aprendido en su Convento Máximo de ésta capital, de donde deberían ser sacados los maestros para éste fin, ni qué conocimientos pueden tener en una materia tan ajena de su profesión como el Derecho Civil y Canónico, concordados, como debe ser, y como se enseña en el Reino, con el Real? Ni se diga que a lo menos pudieran verificarse el estudio de los cánones, pues ni el pie que hoy tiene ésta Facultad, principalmente en las Decretales de Gregorio Nono, y en la exposición de sus comentadores, tiene una íntima conexión y dependencia del Derecho Civil, de la Disciplina Eclesiástica, de las modificaciones introducidas por los Concordatos con las potestades seculares, sin cuya noticia sólo no podrían enseñarse bien, pero aún se adoptarían principios e ideas muy perjudiciales, que han sido censuradas mas de una vez en las escuelas públicas del Reino y han dado origen al establecimiento de magistrados que velen sobre la conservación de las regalías y de los respectivos límites de las potestades".

Las palabras de Camilo Torres frustraron esta primera gestión para conseguir los privilegios de Universidad para el colegio franciscano y abrir en ella los estudios de Derecho Civil y Canónico. Fue el primer intento por regularizar y oficializar los estudios de derecho en nuestro medio, que, dada la trayectoria del establecimiento organizado y dirigido por el Padre Laserna, puede tomarse como un claro precedente histórico de la Facultad de Derecho. Es probable que este fallo se hubiera igualmente concebido sin sustraerse a los criterios de rivalidad entre las comunidades religiosas que en ese entonces miraban al predominio de la educación, en todas las manifestaciones que ofrecía la universidad con-

fesional. Aquí principia y concluye lo que podríamos llamar el primer capítulo en la gestión del primer centro de estudios de jurisprudencia, que vino a tenerlo mas luego la Universidad por voluntad del propio Libertador Simón Bolívar.

LICENCIA Y REGIMEN DOCENTE

El Colegio de Antioquia que había sido creado por el General Francisco de Paula Santander, vicepresidente encargado del Poder Ejecutivo, según decreto fechado el 9 de octubre de 1822 y en desarrollo de la ley de 28 de julio de 1811, obtuvo en 1827 licencia para ofrecer los estudios de jurisprudencia en todos sus ramos, en virtud de decreto expedido por el propio Libertador con fecha 12 de diciembre de éste mismo año. El decreto que concedía la autorización para los estudios de jurisprudencia señalaba también el régimen de docencia y atención fiscal. El articulado de éste decreto, reza:

Artículo 1º. Se concede al Colegio de Antioquia, en Medellín, el estudio de la Jurisprudencia en todos sus campos.

Artículo 2º. Esta se enseñará por dos catedráticos, uno de los cuales será el Rector de Dicho Colegio, quien además de los 300 pesos que disfrutará en clase de tal, percibirá a lo menos 100 pesos más de los fondos que deben proporcionar los padres de familia. El Rector será el primer catedrático, y el otro se titulará segundo, debiendo dársele una renta que no baje de 400 pesos anuales.

Artículo 3º. En el Colegio de Antioquia se estudiarán los ramos de la jurisprudencia que previenen los artículos 202 y 203 del plan general de estudios y se verificará del modo siguiente: en el primer año el primer catedrático dará por la mañana lecciones de Derecho Político Constitucional y Constitución de Colombia, y el segundo catedrático dará lecciones en la tarde de Legislación Universal y de Legislación Civil Penal; en el segundo año, el primer catedrático leerá un curso de Ciencia Administrativa y principios generales de Estadística, y el segundo continuará el curso de Legislación Universal y Legislación Civil y Penal; en el tercer año el primer catedrático dará un curso de Derecho Público Eclesiástico y el segundo otro de Historia e Instituciones de Derecho Civil Romano comparado con el patrio.

Artículo 4º. Después de obtenido el grado de Bachiller en la Universidad Central del Departamento, los cursantes que quieran

graduarse de Licenciados y Doctores, continuarán el estudio del modo siguiente: el primer catedrático dará por la mañana en el curso cuarto año, lecciones de Instituciones Canónicas, Disciplina e Historia Eclesiástica, y el segundo catedrático enseñará por la tarde Instituciones de Derecho Civil Romano comparado con el patrio; en el quinto año el primer catedrático leerá un curso de Derecho Internacional, y el segundo otro de Economía Política y Estadística de Colombia; en el sexto año, el primer catedrático continuará otro curso de Derecho Internacional en el que se ha de incluir el conocimiento de los principales tratados, y el otro catedrático continuará dando un segundo curso de Economía Política y Estadística de Colombia.

Artículo 5º. Siempre que haya en la clase de jurisprudencia cursantes de diferentes años, cada uno de los catedráticos dará lecciones por la mañana a los de un año y por la tarde a los del otro; en caso de haber cursantes que no puedan dividirse las dos clases los catedráticos enseñarán a cada uno las materias que correspondan aún cuando concurren a las aulas en la misma hora.

Artículo 6º. Los cursos se abrirán a lo más tarde en el primero de febrero de 1828, y en los años siguientes el día prevenido en el plan de estudios, autorizándose al Gobernador de la Provincia para que, previos los informes convenientes, nombre interinamente el segundo catedrático, dando cuenta para extenderle el correspondiente título de propiedad. En lo venidero se dará por oposición o conferirá el Gobierno cuando no haya oposiciones.

Artículo 7º. Las matrículas se formarán con el Rector, Vicerrector, segundo catedrático del Colegio de Antioquia, según el método prevenido por el plan general de estudios, debiéndose enviar anualmente un duplicado de la matrícula suscrita por el Rector y catedrático de dicho Colegio, al Rector de la Universidad Central de Bogotá, para que se archive en ella y sirva de regla en los grados que se concedan a los cursantes de Antioquia.

Parágrafo único. A las matrículas de los cursantes de jurisprudencia deben preceder los requisitos del artículo 5º de la ley 18 de Marzo de 1826 y se anotarán el primer año en la matrícula.

Artículo 8º. Tendrá también obligación el Rector de aquél Colegio, de remitir en el primer correo de febrero próximo al Rector de la Universidad Central de Bogotá copia auténtica firmada por los actuales catedráticos, de todas las listas o matrículas de estudiantes de Filosofía, desde que él principió la enseñanza has-

ta ahora. En lo venidero hará la misma remisión cada año y tales matrículas se archivarán para que se tengan presentes en las pretensiones de grado. El Rector de la Universidad queda facultado para exigir las y sin ellas no se aprobará ninguna solicitud de grados que hagan los cursantes del Colegio de Antioquia.

Artículo 9º. En lugar de academias de emulación prescritas en el plan de estudios, cada uno de los catedráticos tendrá por lo menos dos veces a la semana, a la hora de la noche que se fije, certámenes o conferencias privadas en el Colegio sobre las materias que se estudien, cuyos puntos señalarán los mismos catedráticos. Una de ellas, y muy principal, será el estudio del idioma latino, especialmente las traducciones tan necesarias a los cursantes para que aprovechen en el conocimiento de la Jurisprudencia Civil y Canónica.

Artículo 10º. Quedan por consiguiente exentos los cursantes que estudien en el Colegio de Antioquia de las obligaciones impuestas por el artículo 204 del plan de estudios.

Artículo 11º. No pudiendo establecerse en Medellín Academia de Abogados, según el artículo 56 de la ley 18 de Marzo de 1826 sobre enseñanza pública, quedan exentos los cursantes y catedráticos del Colegio de Antioquia de la obligación prescrita en el artículo 224, inciso 3º del citado plan de estudios.

Artículo 12º. Con estas modificaciones se observarán en cuanto al estudio de Jurisprudencia en el Colegio de Antioquia, las disposiciones del plan general de estudios sobre obligaciones de catedráticos, asistencia de cursantes, fallas, certámenes públicos, exámenes anuales, premios y libros elementales que han de servir para la enseñanza.

Artículo 13. Se autoriza al Gobernador de la Provincia de Antioquia para que disponga que los padres de familia aseguren por escritura pública, y al menos por seis años, la renta que deben satisfacer a los catedráticos de Jurisprudencia. Sin este requisito de ningún modo permitirá que se abran los cursos ni tendrá efecto el presente decreto.

Artículo 14º. El Secretario de Estado del Despacho del Interior queda encargado de la ejecución de éste decreto.

Dado en Bogotá a 12 de diciembre de 1827.

(Fdo.)

Simón Bolívar.

El Secretario de Estado del Despacho Interior,

José Manuel Restrepo.

El Libertador Bolívar siempre se mostró partidario de establecer en todas las regiones, escuelas de jurisprudencia con el objeto de preparar a los administradores de justicia. Fue una preocupación suya no obstante admitir la probidad de los letrados que ejercieron por mucho tiempo las funciones de jueces y legisladores. En varios de sus documentos políticos se encuentra consignada esa preocupación por la formación e integración de los tribunales de justicia y el procedimiento de su rápida administración. En el discurso que acompañó la promulgación de la constitución boliviana, decía el Libertador: "el poder judicial contiene la medida del bien o del mal de los ciudadanos, y si hay libertad, si hay justicia en la república, son distribuidas por este poder. Poco importa, a veces, la organización política, con tal que la civil sea perfecta; que las leyes se cumplan religiosamente y se tengan por inexorables como el destino". En el orden de sus ideas estaba, pues, la de organizar la instrucción jurídica para formar los árbitros de los derechos ciudadanos en un poder judicial independiente que preservara los principios de la libertad, la igualdad y la seguridad como garantía del orden social.

BENTHAM Y LA SUSPENSIÓN DE ESTUDIOS DE JURISPRUDENCIA

Una disposición oficial contenida en decreto del 8 de diciembre de 1825, señalaba, para los estudios de jurisprudencia ya establecidos, que los catedráticos acogieran a Bentham en los Principios de Legislación, las obras de Constant y Lepage para la enseñanza del Derecho Público Constitucional, y las de Wattel para el Derecho Público Internacional.

Contra la enseñanza de la legislación por Bentham se levantó un clamor general y en torno a ese clamor una agitación política a la que estuvo vinculada la conspiración septembrina. Forzado por esa presión, el Libertador dictó el 12 de mayo de 1828 un decreto en el cual se dice terminantemente que "en ninguna de las universidades de Colombia se enseñarán los tratados de legislación de Bentham, quedando por consiguiente, reformado el artículo 168 del plan general de estudios que el ejecutivo había elaborado en desarrollo del decreto legislativo de 18 de marzo de 1826. Y a causa de la conspiración del 25 de septiembre de éste año, el plan de estudios sufrió otras modificaciones, entre ellas la de la suspensión de las clases de legislación y la incorporación al plan de las clases de religión y apologética.

El día 25 del mismo mes de octubre, otro decreto vino a suprimir las cátedras de jurisprudencia, ordenando que las rentas sobrantes de estas se destinasen a la enseñanza de las ciencias naturales. El Colegio de Medellín perdió la licencia para impartir estudios jurídicos. El artículo 2º de dicho decreto dice: "Se revoca la concesión de estudios de jurisprudencia que se había hecho al Colegio de Medellín, en la Provincia de Antioquia". Y el artículo 3º dispone: "Si con la supresión de éstas cátedras quedare algún sobrante en las rentas de dicho Colegio, se empleará en la enseñanza de las ciencias naturales que sean más útiles para la masa general de los pueblos y para perfeccionar su industria y aumentar su riqueza, consultando las diferentes localidades".

Se tienen estos como los primeros pasos para la organización de la enseñanza profesional en Antioquia y casos de remisión al contemplar las dificultades que en todos los órdenes van a concurrir al desarrollo de la Facultad y de la misma Universidad.

Luego del acto ejecutivo que ordena la clausura de los estudios de jurisprudencia, El Colegio de Antioquia inicia un largo período de intermitencias en su desarrollo y organización, de notoria incidencia en el proceso de formación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. La adversidad económica, el desorden civil, la política de trasfondo y la guerra, lateran constantemente la normalidad de los programas académicos y originan cierres y reaperturas al impulso de los trastornos que va registrando el calendario.

La dispersión de los datos que pueden concurrir a la estructuración de una historia ordenada sobre la accidentada y fecunda vida de la Facultad de Derecho, demanda una prolija investigación. Muchas de las providencias que tienen relación con su vida legal y con el plan de estudios, reposan en lugares distintos al archivo de la propia Universidad. Y su historia no estaría completa sin el acopio de una tradición oral traducida en documentos que ruedan en publicaciones nacionales, de ellos no pocos destinados al análisis de los programas y la calidad profesoral de éste primer claustro profesional, por títulos incontables insignia y bandera de la Universidad.

Los apuntes básicos para intentar esa historia, pueden partir de la siguiente cronología:

1829 Se ordena la reapertura del Colegio y se abren las inscripciones, exceptuando los cursos de jurisprudencia. Se reabre el 5 de febrero.

1830 El 10 de julio de este año se suprime la rectoría por ausencia de escolares y sus bienes muebles e inmuebles se confían a la custodia de don José Ignacio Escogar, que hacía las veces de vice-rector y síndico. El gobernador de entonces, Alejandro Vélez, ordena reparar el edificio que había servido de cuartel, trabajos que se inician el 31 de agosto.

1832 El Congreso Nacional otorga nuevamente al Colegio de Medellín la autorización para organizar cátedras de jurisprudencia, elevando su categoría y colocándolo a la par con establecimientos similares en el país.

Atendiendo lo dispuesto por el Congreso Nacional la Cámara de Provincia dicta el decreto de 3 de octubre, reorgánico del Colegio, decreto que el gobernador Aranzazu, después de sancionarlo, eleva al Congreso para su aprobación, por conducto del señor presidente de la república. La presión formada por los antioqueños residentes en la capital, en unión de los representantes de la región, venció algunas reticencias de los legisladores, consiguiendo finalmente su aprobación. El 26 de diciembre del mismo año, por medio de decreto y en atinencia a lo ordenado por el Congreso, reorganizó el establecimiento dándole el nombre de Colegio Académico de Medellín y señalando su reiniciación de funciones a partir de 1834.

1834 Bajo las normas reorgánicas comienza actividades el Colegio Académico de Medellín en octubre de éste año. Al distribuirse la matrícula, en noviembre, se registran 16 alumnos para jurisprudencia.

1835 El general Santander logra del Congreso la aprobación de la ley 30 en virtud de la cual se restablece el plan de estudios de 1826 que había subrogado el Libertador. Esta misma ley fijó el término de cinco años para los estudios de jurisprudencia y promulgó el siguiente pénsum:

- Primer año: principios de legislación universal.
- Segundo año: derecho constitucional y ciencia administrativa.
- Tercer año: derecho internacional y economía política.
- Cuarto año: derecho civil patrio.
- Quinto año: derecho eclesiástico.

El derecho civil patrio era aún el español y se estudiaba siguiendo el texto de Juan Sala. En el derecho público se seguía a Lepage y en el internacional a Vattel.

Con fecha 15 de octubre del mismo año, el presidente, Francisco de Paula Santander, previno sobre la enseñanza de legislación por Bentham, al tenor siguiente:

“1º- Prevéngase a los catedráticos de principios de legislación universal en las universidades, colegios y casas de enseñanza de la república, bajo la más estricta responsabilidad, y cuídese de que así se verifique, que entre tanto se designa otro autor elemental como texto para la enseñanza de dicho ramo, cumplan escrupulosamente con lo dispuesto en el artículo 229 del decreto orgánico de 3 de octubre de 1826, explicando la doctrina y proposiciones de Jeramías Bentham, de modo que ellas no se sobrepongan a las leyes que prescriben la enseñanza de la moral y derecho natural, (artículo 33 de la ley de 18 de marzo de 1826 y 158 del citado decreto), y declara una protección especial a la religión revelada. Por consiguiente ni podrán enseñarse, ni menos sostenerse en certámenes públicos, principio contrarios a tales disposiciones, sobre lo cual usará de sus facultades naturales la Dirección General.

2º- La misma Dirección examinará detenidamente las obras que además de las de Bentham se citan en el artículo 158 del decreto orgánico de 1826, o cualesquiera otras que versen sobre las materias que según dicho artículo deben enseñarse, e informará si es posible adoptar de ellas en calidad de texto para los cursos de jurisprudencia o de principios de legislación universal, en reemplazo de la de Jeramias Bentham, supuesto que ni se ha redactado ni puede de pronto esperarse que se redacte en el país una obra elemental, perfectamente adaptada a nuestros principios religiosos y políticos.

3º- La presente resolución será leída públicamente por los catedráticos de las diferentes asignaturas de la clase de jurisprudencia, en las aulas y con asistencia de los alumnos, luego que la reciban comunicada por el superior respectivo”.

1836 Asume las cátedras de derecho constitucional y ciencia administrativa el rector Mariano Ospina Rodríguez. Le asisten 12 alumnos que se presentaron a examen. Esos exámenes, dijo el gobernador Obregón, dejarían satisfecho al más severo censor.

1837 El 4 de enero, al iniciarse el año lectivo, se abren las cátedras de derecho internacional y economía política, de las cuales se hace cargo el doctor Joaquín Emilio Gómez y subsidiariamente el doctor Cayetano Leyva.

El historiador Emilio Robledo anota que por esta época, siendo rector el doctor Mariano Ospina Rodríguez, en el Colegio Académico se adelantaban todos los estudios para el doctorado en jurisprudencia, pero la facultad de otorgar el título correspondía exclusivamente a la Universidad Central, a donde acudieron muchos de los alumnos que habían cursado sus programas en el Colegio de Medellín.

1840 Las pasiones políticas trastornan nuevamente la paz de la república y las actividades académicas soportan transitorios recesos y continuas perspectivas de cierre.

1841 Las clases de jurisprudencia, con 15 alumnos, se sostienen hasta finales del año cuando el Colegio Académico se convierte en albergue de soldados a causa de la revolución que se había iniciado en el 40 contra el gobierno del doctor Márquez.

1843 Al proseguir la guerra, una disposición gubernamental, de 19 de enero de este año, clausura los estudios de filosofía y jurisprudencia. El gobernador de entonces solicita el cierre del Colegio.

1847 Se restablecen las cátedras de jurisprudencia y asume gratuitamente las de economía política y ciencia administrativa el doctor Félix de Villa.

1850 El Colegio recibe licencia para discernir títulos.

1851 En julio se interrumpe de nuevo la normalidad y en su edificio se alojan tropas que bajo el comando de Eusebio Borrero ocuparon la ciudad.

1852 El primero de abril se reabren las clases pero en esta ocasión el Colegio lleva el nombre de "Colegio Provincial". No se registran matrículas en jurisprudencia (parece que no hubo) pero se reciben asistentes que al final no son sometidos a pruebas.

1853 Se otorga el primer diploma de doctor en jurisprudencia y el agraciado es el señor Marceliano Vélez. El texto del título reza así:

República de la Nueva Granada.- Colegio Provincial de Medellín.

"Habiéndose conferido al señor Marceliano Vélez el grado de doctor en la Facultad de Jurisprudencia, después de haber sido examinado y aprobado con plenitud, conforme las disposiciones

vigentes, se le expide el presente título para que lo haga constar. Medellín, 25 de mayo de 1853.- El rector, José Ignacio Escobar. El profesor, Francisco E. Restrepo. El profesor, Pascasio Uribe. El profesor, Manuel M. Escobar. El secretario, Estanislao Escobar".

Vale anotar aquí que, no obstante estar ofreciendo estudios de jurisprudencia desde años antes, el Colegio solo tuvo licencia para expedir títulos a partir de 1850. Antes de esta fecha los estudiantes que terminaban los cursos del plan de estudios, se titulaban en la Universidad Central de Bogotá.

1854 La confusa situación política originada por el golpe de estado del general José María Melo, el 17 de abril de 1854, y la aplicación de la ley quinta de mayo de 1850 sobre libertad de enseñanza y según la cual se consideraban innecesarios los títulos para el ejercicio de las profesiones, conduce a un nuevo cierre del Colegio. La Facultad de Jurisprudencia había sufrido, además, un rudo golpe al abrirse el Colegio de la Unión, nuevo establecimiento educativo en el cual se dictaron clases de jurisprudencia bajo la dirección del presbítero doctor José Cosme Zuleta, cuyo buen nombre atrajo a gran número de alumnos del Colegio Provincial, cuyo edificio fue finalmente devuelto al gobierno.

En este mismo año y refiriéndose a la ley que suprimió los títulos, el doctor Ospina Rodríguez, en su mensaje a la legislatura, dijo:

"...los que se sienten con inclinación al foro, pasan de la escuela de primeras letras al estudio de las prácticas, lo que debe multiplicar considerablemente el número de los que han llamado "tinterillos", es decir, hombres que sin ciencia, pero versados en las fórmulas de la administración de justicia, se consagran a defender y a promover pleitos".

1855 Se cierra el Colegio de la Unión y se reinician clases en el Colegio Provincial. Los alumnos de jurisprudencia retornan a su Facultad.

1857 Se expide la ley orgánica de la enseñanza secundaria y profesional por decreto del cinco de diciembre. En el artículo 68 de dicho decreto se concede la facultad de otorgar títulos de licenciado y doctor en las carreras de jurisprudencia, ingeniería civil y medicina. Para obtener la licenciatura en derecho, según el mismo decreto, era necesario aprobar los cursos de economía política, derecho penal y procedimiento criminal. Y para

obtener el título de doctor, además de los anteriores cursos, era necesario aprobar los de ciencias administrativa y constitucional, derecho de gentes, civil patrio, derecho municipal del Estado y elocuencia del foro. Y para recibirse, como licenciado o como doctor, el alumno debía sostener un examen con duración aproximada de veinte minutos a cada uno de los miembros del jurado que estaba integrado por cinco profesores. Los derechos de grado valían \$ 10,00 y los honorarios de los profesores — 4,00 c. | u.

1860 El desorden civil suspende, otra vez, la vida académica del Colegio. Se suspenden las clases de jurisprudencia el 13 de julio y sus instalaciones son ocupadas por fuerzas al servicio de la Confederación. Este cierre se prolonga hasta 1863 cuando, al concluir la contienda con el triunfo de la revolución conservadora en los combates de Yarumal y Cascajo, el gobierno ordena la reapertura del Colegio del Estado, con el registro de los 37 alumnos que venían desde el cierre en 1860.

1864 Se inscriben 70 alumnos pero por circunstancias de distinto orden el Colegio no funcionó y sus enseres, rentas y edificios fueron puestos al cuidado del vice-rector, doctor Remigio Martínez, quien estuvo encargado de la rectoría. Pero a finales de éste año, (diciembre 16) el doctor Pedro J. Berrío, director de instrucción pública y en virtud de facultades conferidas al poder ejecutivo por ley del primero de octubre del mismo año, reorganizó el Colegio que entraría a funcionar a partir del 2 de enero de 1865. Se dispuso que las cátedras de legislación universal, civil, penal y urbanidad, serían dictadas por el doctor Román de Hoyos, designado nuevo rector. El doctor Berrío dictaría gratuitamente las clases de derecho internacional, tratados vigentes y diplomacia.

1867 El local del Colegio es nuevamente desalojado y ocupado por fuerzas opuestas a la dictadura del general Mosquera.

1868 Se reabren nuevamente el Colegio y las clases de Jurisprudencia.

1869 Se presentan a examen de grado los señores Fernando Vélez, Pedro Velásquez y Aquilino Alvarez. El acta da grado correspondiente a Fernando Vélez, dice:

“En la ciudad de Medellín a las 6,½ de la noche del día 4 de noviembre de 1869 se dio principio al examen del joven graduado, Sr. Fernando Vélez. Asistieron en calidad de réplicas los Sres. Dr.

Pedro J. Berrío, Director General de Instrucción Pública; Dr. Román de Hoyos, Rector del Colegio del Estado, y los catedráticos del establecimiento, Dres. Pascual González, Ramón Martínez Benítez y Víctor Molina, profesores todos de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas. El examinando pronunció por más de un cuarto de hora un discurso muy bien elaborado, demostrando la existencia del libre albedrío.

Cada uno de los examinadores preguntó durante media hora, y por espacio de dos y media que duró el acto, el examinando contestó muy lucida y satisfactoriamente a todas las preguntas que le hicieron y difíciles cuestiones que se le propusieron sobre todas y cada una de las materias que constituyen los cursos asignados a la expresada Facultad. Terminado el examen se procedió a la calificación por medio de bolas blancas y negras, y verificado el escrutinio, el Sr. Vélez resultó aprobado con plenitud. Previa la promesa reglamentaria, el Rector del Colegio le confirió solemnemente el grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Políticas. La colación del referido grado fue acompañada de la ceremonia de la investidura por medio de la museta y bonete doctoral, verificado lo cual el Rector declaró terminado el acto”.

1871 La legislatura del Estado Soberano de Antioquia aprueba la ley 198 del 14 de octubre creando la Universidad de Antioquia y refundiendo en ella al antiguo Colegio del Estado. La Universidad de Antioquia se organiza con las escuelas de Literatura y Filosofía, Ingeniería, Ciencias Físicas y Naturales, Medicina y Jurisprudencia. En desarrollo de esta ley, el gobernador Berrío dicta el decreto de 14 de diciembre del mismo año adscribiendo a la Universidad de Antioquia el edificio y los bienes que servían al Colegio del Estado.

1886 El prolongado cierre se levanta y abren matrículas pero no ya en el histórico Colegio Convento de San Francisco que se había destinado al Colegio de San Ignacio, sino en el local que había servido de cuartel a la gendarmería. En este año se reorganiza el Colegio Central de la Universidad y retorna al nombre de Universidad de Antioquia.

1897 La escuela de jurisprudencia pasa a ser una dependencia del Colegio de Zea que sustituye a la Universidad de Antioquia. Se cambia el nombre pero no se modifica el funcionamiento de sus secciones tradicionales.

1899 La escuela suspende nuevamente labores al cerrarse la Universidad por el estallido de la guerra civil.

1901 El jefe civil y militar, Abraham Moreno, dicta el decreto N° 13 de 30 de marzo, reabriendo, con el nombre de Universidad de Antioquia, todas las actividades académicas y creando el Liceo Antioqueño. Las clases de jurisprudencia se reinician el 8 de abril.

1904 La penuria económica subsiguiente a la guerra puso en peligro de cierre la Escuela, pues la Asamblea había dispuesto suspender todas las actividades y pagar solo los sueldos de los empleados. Los profesores serían ad-honorem. Pero los profesores aceptaron la parte que les correspondió en esta dificultad y atendieron sus cátedras gratuitamente y salvaron el año que terminó normalmente.

1905 Nuevamente la Escuela sobrevive a la crisis económica.

Este año cierran el Liceo y la Escuela de Medicina. De este año en adelante, con el concurso de los profesores, la Escuela enfrenta y supera dificultades de orden económico y por lo menos en seis años va a funcionar sin contratiempos. El número de alumnos oscila entre 20 y 32.

1912 Aparece el primer número de la revista "**Estudios de Derecho**", bajo la dirección de Rafael Botero R., como publicación del Centro Jurídico de la Universidad. En esta primera edición se publican los siguientes ensayos: "Extensión del derecho de hipoteca", por Jorge Agudelo; "Juicio de alimentos", por Lázaro Tobón, y, "Proyecto de Código Penal", por Rafael H. Duque.

1818 Por ordenanza número 14 de éste año, la Facultad de Derecho comenzó a funcionar separadamente de la Universidad, desde el 1° de julio. Era director el Dr. Alejandro Botero Uribe y se designó secretario al Dr. Víctor Cock. Para dar cumplimiento a la citada ordenanza se promovió una reunión a la cual asistieron los alumnos matriculados.

A patir de este año, la Facultad, en sus instalaciones independientes funciona sin alteraciones mayores que perturben su vida académica en forma aguda.

1922 Consolidados los programas y los recursos de la Escuela, ésta funciona para este año con una planta de 22 profesores y 33 matriculados.

La Dirección de Instrucción Pública establece que para ingresar a la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas el interesado de-

be poseer diploma de Bachiller en Filosofía y Letras, expedido por una de las Facultades que tengan autorización legal para hacerlo. También se fijan este año los exámenes de revisión en las materias de segunda enseñanza. Para la matrícula en Derecho los alumnos debían presentarse con sus padres o acudientes. Los derechos de matrícula se tasaron en \$ 1.00 por cada asignatura.

En este año la Dirección de Instrucción Pública promulgó el siguiente programa de estudios:

Año 1º- Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Romano, curso 1º; Derecho Canónico, Derecho Civil, curso 1º.

Año 2º- Derecho Romano, curso 2º; Derecho Civil, curso 2º; Legislación de Minas y Baldíos, Derecho Internacional Público y Criminología.

Año 3º- Derecho Civil, curso 3º; Procedimiento Civil y Práctica Forense, Código Penal, Derecho Administrativo, Medicina Legal.

Año 4º- Economía Política, Código de Comercio, Derecho Internacional Privado, Derecho Civil, curso 4º; Pruebas Judiciales.

Año 5º- Bancos y Seguros, Hacienda Pública, Economía Industrial, Sociología.

En los años subsiguientes no se registraron novedades que entorpecieran su marcha. La Escuela de Derecho era una referencia de jerarquía en la Universidad. No sólo había dado comienzo a la enseñanza profesional en Antioquia sino que, también, se convirtió rápidamente en la sección insignia de la Universidad. Sus egresados pasaron rápidamente a las posiciones en el Estado, la política, el parlamento, la prensa y la administración pública y privada. Carlos E. Restrepo, uno de sus más eminentes rectores, pretendió reformas sustanciales en la enseñanza jurídica aplicando el principio de una formación eficiente y útil para la justicia y el bienestar social.

1934 La agitación política comprometió la Escuela de Derecho, convertida en escenario de controversias partidistas. Es, en ese momento, el centro de la confrontación ideológica al entrar en su última etapa el gobierno del doctor Enrique Olaya Herrera.

1936 La crisis política origina fricciones entre profesores y estudiantes de distinta afiliación partidista y al agudizarse se produce el retiro en masa de catedráticos y estudiantes conservadores, surgiendo así la fundación de la Universidad Católica Bolivariana con una Facultad de Derecho.

1939 El Dr. Ricardo Uribe Escobar mediante resolución del Consejo Directivo crea la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y reanuda la publicación de la revista **Estudios de Derecho**, revista que desde entonces hasta el presente ha salido sin solución de continuidad con un número cada semestre. El número de marzo de 1977 es el 91.

1945 Anexa a la Facultad de Derecho se crea la Escuela de Ciencias Económicas, para atender a una necesidad impuesta por el desarrollo económico de la nación.

1948 A causa de los sucesos del 9 de abril se decreta un receso transitorio. Muchos alumnos de los últimos años y profesores de planta tomaron partido en estos hechos, dando lugar a un nuevo giro político en la conformación directiva y la orientación misma de la Facultad.

1950 Otra vez la incidencia política se hace en la Facultad. Disensiones y fricciones partidistas permiten la gestación de una nueva universidad, la de Medellín, que se inicia, también, con la Facultad de Derecho.

1957 La anormalidad política que antecedió al 10 de mayo, propiciando las jornadas que se conocen con éste nombre, determinó igualmente un breve receso y la muy activa participación de la Facultad en los hechos que marcaron el cambio de gobierno. Desde entonces a estos días, hay un funcionamiento continuado de la Facultad, señalado por su crecimiento en la población estudiantil. Los fenómenos de índole económica que la han podido afectar y los recesos o interrupciones en el desarrollo de sus programas, originados en huelgas no guardan proporción con los constantes y prolongados vacíos del siglo pasado. En 1969 la Facultad se integra a la Ciudad Universitaria, multiplicando en cada semestre sus cupos para atender, aún con restricciones, la creciente demanda de aspirantes a formarse en sus aulas.

Al cumplirse 150 años de su fundación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia puede ofrecer un concurrido historial que la vincula al proceso vital y a los más grandes regis-

tros del progreso en Antioquia y en el país. Para escribir su historia es necesario hacer todo el escrutinio histórico de las instituciones que, mal que bien, han constituido la organización y vigencia de la república. Muchas páginas se encuentran dispersas en leyes, decretos, ordenanzas, y mandamientos de gobierno. Lo que aquí hemos querido presentar es sólo un indicador cronológico, con el único propósito de guiar en fechas a quienes se propongan la elaboración de su fecunda historia.

SESQUICENTENARIO DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

1.827

1.977

**SESQUICENTENARIO DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**



El Libertador Simón Bolívar firmando el Decreto de Fundación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

CONTENIDO:

El impacto de las ideologías sobre la ciencia política	<i>Salvador M. Dana Montaña</i>	5-8
Enfoque sociológico del derecho internacional público	<i>B. Mantilla Pineda</i>	9-19
Introducción al estudio de la carga de la prueba	<i>Simón Payán Moreno</i>	21-56
Curso de derecho administrativo	<i>Jesús Vallejo Mejía</i>	57-100
El positivismo jurídico en el pensamiento de Francisco Carrara	<i>Fernando Meza Morales</i>	101-109
Matrimonio y divorcio de colombianos en el exterior	<i>Pedro Escobar Trujillo</i>	111
Efectos civiles del matrimonio	<i>Enrique Trujillo Palacio</i>	
La reforma del derecho monetario, sus requisitos sociales y la política pública	<i>Eliahu Hirschberg</i>	
Jurisprudencia laboral del Tribunal Superior de Antioquia	<i>Gabriel Jaramillo González</i>	171-186
Anotaciones para una historia de la Facultad de Derecho de la U. de A.	<i>José Jaramillo Alzate</i>	187
Sesquicentenario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia		205
Oleo del Libertador Simón Bolívar, firmando el Decreto de Fundación de la Facultad de Derecho de la U. de A.		207