

CARACTERISTICAS ESENCIALES DEL DERECHO CIVIL MODERNO

INTRODUCCION

1°.—Siendo el derecho un producto social, una emanación natural de las múltiples fuerzas que encierra la sociedad, el conglomerado social, sus normas y su contenido general están necesariamente destinados a un fin práctico por excelencia: la regulación de la vida social, de los hechos sociales innumerables y distintos que traducen la vida del hombre en común.

El derecho es, por consiguiente, una ciencia práctica. No se quiere decir que sea ajeno a la doctrina pura y a la investigación filosófica, sino que, en todo caso, las teorías que en él se elaboren y las normas que como consecuencia de aquéllas se creen, están necesariamente destinadas a tener aplicación en la vida real, a regular las actividades humanas.

De ahí que el derecho esté también por naturaleza sujeto a una constante evolución. Porque la vida social que debe regular, a la que ciñe como en forma de red gigantesca de infinitos cordeles, es naturalmente dinámica y vive en un permanente tránsito de renovación y perfeccionamiento. De lo contrario el derecho se haría irreal, inútil, y peor aún, estorbo y perjudicial para el normal desarrollo de la vida social, contrariando fundamentalmente su finalidad propia.

Por eso afirma Ihering, que "la vida del derecho es una lucha, lucha de pueblos, de estados, de clases, de individuos".

Las causas de esa evolución son precisamente las mismas causas de la evolución general de las sociedades, de los hechos históricos en general. Elementos geográficos, étnicos, económicos, sociales, políticos,

religiosos, morales y psicológicos, concurren a generar esa eterna gestación, siendo su participación variable en cada caso y en cada pueblo. Pero quizás la economía prevalece entre todos ellos, ya que la vida económica es la condición fundamental de toda otra vida.

A las nuevas necesidades, a los problemas que la vida crea diariamente, rompiendo el equilibrio que sobre la noción de equidad trata de construir el derecho continuamente, es necesario oponer nuevas reglas, principios distintos que vengan a restablecer la justicia y sometan a la vida jurídica esos hechos hasta entonces desconocidos o las nuevas modalidades surgidas en los que ya formaban parte del acervo social.

Como consecuencia del gran movimiento originado con la Revolución Francesa y de los innumerables hechos surgidos de él, el derecho fue posesionado de una nueva tendencia marcadamente individualista. Por temor a profanar el santuario de los derechos individuales, que el Estado estaba obligado a guardar, pero siéndole vedado penetrar en él, se repudiaba toda norma que pudiese atentar contra la libertad contractual o que llevara consigo la necesidad de adentrarse en el mundo interior de los móviles o que pusiera el análisis miral de los actos formalmente legales.

Pero la reivindicación que el socialismo inició de la defensa de los débiles, mediante la intervención del estado, y en general, la quiebra del individualismo político, trajo a su vez el abandono del individualismo jurídico. Se acusa al C. de Napoleón de ser un estatuto burgués. Y se enfilan argumentos en contra de los viejos exégetas que únicamente ven el aspecto formal de la ley y a la ley como única fuente del derecho.

2°.—Y así se inicia el proceso que bien pudiera llamarse de humanización del derecho. Las reglas jurídicas se analizan bajo el supuesto de que se aplican a hombres y no a actos externos con valor en sí mismos. Se busca el contenido moral de las acciones para ver si en el fondo merecen o no la protección de la ley. Se investigan los móviles determinantes de los actos jurídicos. Se procede a avaluar las viejas nociones de dominio y de derecho subjetivos para ponerlas a tono con las nuevas circunstancias y necesidades de la sociedad moderna. Se inicia la defensa de los débiles, la protección de los económicamente inferiores, que constituye hoy una de las misiones fundamentales del derecho. Y se atiende no únicamente a los débiles de antes, sino que también a los nuevos débiles del mundo industrial y comercial. Y al mismo tiem-

po se crean nociones y principios para limitar las actividades privadas cuando recaen sobre materias de interés para la colectividad y se produce un desplazamiento del derecho privado hacia el derecho público.

La consagración de los nuevos métodos de interpretación de la ley y la reivindicación del contenido moral del derecho, con que se vino a acabar con el absurdo sistema clásico de interpretación y con la pretendida separación absoluta de derecho y moral, contribuyó notoriamente a todo ese proceso y ha sido el fundamento de las modernas adquisiciones de la ciencia jurídica.

—()—

PRIMERA PARTE

EN EL DERECHO DE LAS PERSONAS

3°.—Las transformaciones que en el derecho de las personas se han presentado en el derecho moderno, pueden comprenderse dentro de la denominación genérica de “protección a los débiles”.

La organización jurídica de la familia, de la vida social y económica lleva consigo necesariamente la regulación de las relaciones entre dos clases de personas diferentes entre sí por razón de la mayor o menor capacidad, de la especial situación que ocupan dentro del grupo familiar, del control que ejerzan sobre la riqueza y de la mayor necesidad con que deban concurrir al comercio jurídico.

En un tiempo se creyó que el único derecho digno de protección era el derecho de los fuertes. En el código de Napoleón los débiles parecen no haber sido tenido en cuenta sino en cuanto había que reglamentar las facultades de quienes en frente de ellos o en relación con ellos y prevalidos de la ficticia igualdad podían explotar sus derechos.

Hoy día, por el contrario, el derecho tiende a ser un instrumento de protección de los débiles. Como dice Thomas Mann “la ley debe ser la amiga del débil”. Y para ello, al sistema de la liberación jurídica se sobrepone el de las limitaciones y del control, que persigue la defensa de una equidad verdadera, la obtención de un equilibrio en la balanza del comercio jurídico por la defensa del Estado a la parte más débil.

Y esta acción protectora se extiende no solamente a favor de las mujeres, de los hijos, de los incapaces que constituyen, pudiera decirse, los débiles de siempre y para los cuales el derecho antiguo fue particularmente riguroso, que ya habían obtenido grandes ventajas en el C. de Napoleón, sino también a favor de los nuevos débiles creados por las modalidades productivas, consecuencia del gigantesco desarrollo económico e industrial del siglo XIX, y que no habían sido naturalmente considerados por aquel Código, o lo fueron sólo en forma elemental y pasajera.

CAPITULO I

LIMITACION DE LAS FACULTADES PATERNALES Y EXTENSION DE SUS OBLIGACIONES

4°.—El grupo familiar necesita, como todo grupo social, estar provisto de órganos a la vez representativos y directores; de quién defienda sus derechos y de quién ejerza autoridad. De ahí la razón de ser de la patria potestad y de la potestad marital.

Estos poderes conferidos por la ley al jefe del grupo familiar son sin duda alguna necesarios, pero esto no quiere decir que hayan de ser absolutos ni que redunden necesariamente en beneficio de quien los ejerce. Desde tiempos del derecho Romano se inicia la evolución que va recortando lentamente la férrea contextura de los primitivos poderes domésticos.

Primero se creyó que la patria potestad originaba únicamente derechos para el padre. Era una relación unilateral en la cual todos los derechos estaban de una parte y todas las obligaciones de la otra. Hoy día, por el contrario, se rechaza la idea de que se trata de derechos absolutos, unilaterales y abstractos y se afirma por el contrario, que son esencialmente relativos, bilaterales y concretos.

Concretos y relativos, es decir, derechos esencialmente limitados que responden a una finalidad determinada y que, por consiguiente, no deben ejercerse sino de acuerdo con ella, que es precisamente la defensa de los hijos menores.

5°.—La noción del abuso de los derechos, ha sido el instrumento de que se ha valido especialmente el derecho moderno, para limitar las facultades del padre a un círculo de acción razonable y para obligarlas a ceñirse rigurosamente a la finalidad proteccionista que se les asigna. Y ya los romanos por obra de sus jurisconsultos y pretores reaccionaron contra la institución bárbara primitiva que llegaba hasta el "jus vitae necisque" de un dominium y le asignaron como finalidad

el interés del hijo o más bien el de la familia. (Cornil: Contribución al estudio de la patria potestas).

El derecho Francés consuetudinario, anterior al C. de Napoleón llegó, por el contrario a disminuir el vínculo de la patria potestad hasta el punto de que Pothier llega a dudar si existía en él propiamente, y en todo caso parece que tenía más bien el valor de un homenaje y de un símbolo, y se entiende tanto en favor del hijo como del padre.

Con la codificación surge de nuevo el criterio romano, atemperado claro está; pero nuevamente se reclama la necesidad rigurosa de darle efectividad a las facultades del padre y el C. de Napoleón si no llega a darle un carácter de verdadera dominación, sí considera la patria potestad como una prerrogativa dada en favor del padre y de ahí que no se prevea el caso de privarlo de ella cuando no la ejerza de manera benéfica o provechosa para el hijo. En efecto, salvo el caso de que se incurra en delito penal, a los excesos cometidos no se les señala ninguna sanción; ni siquiera cuando se trata de crueldad en la persona del hijo o de la vida escandalosa. Es decir, parece que se hubiese dejado a la patria potestad jurídicamente insusceptible de abuso. (Josserand: El espíritu de los derechos y su relatividad).

6°.—El rigorismo de la ley no consigue sin embargo restarle méritos a la evolución. La jurisprudencia francesa inicia la labor de plegar la potestad paterna a los intereses del hijo y para ello le aplica la noción de los abusos del derecho, con éxito completo. Ya que no le es posible quitar la patria potestad, reclama el derecho de suprimir su atributo quizás más importante o sea el derecho de guarda, de vigilancia y educación del hijo y reclama el poder de control sobre la forma como se ejerza en general la potestad. Y naturalmente obliga al legislador a ponerse a tono con las nuevas concepciones.

Viene la ley de 7 de diciembre de 1874 que introduce ciertos casos de incapacidad paterna; luégo la ley del 19 de abril de 1898 se pronuncia sobre la represión de las violencias, vías de hecho, actos de crueldad y atentados cometidos sobre las personas de los hijos; y al año siguiente la ley 24 de julio, la más fundamental sobre la materia, sobre la protección de los hijos mal tratados o moralmente abandonados, modificada posteriormente por la ley 15 de noviembre de 1921 que procede a una verdadera codificación de la materia.

Desde entonces en Francia la potestad paterna queda sometida a rigurosas limitaciones y sometida a la vigilancia de los tribunales y se autoriza al juez para quitarla, sin necesidad de que medie una con-

dena, cuando “comprometen por malos tratos, por ejemplos perniciosos de embriaguez habitual o de mala conducta notoria, por falta de cuidados o de mala dirección, sea la salud, sea la seguridad o bien la moralidad de los hijos o de uno o varios de éstos”. El juez puede aplicar la sanción en la medida que las circunstancias lo requieran, ya sea suspendiendo totalmente la patria potestad o únicamente algunos de sus atributos, como administración de los bienes o guarda personal del hijo. Y la jurisprudencia se inclina a sancionar no solamente los abusos taxativamente enumerados en las leyes, sino toda clase de abusos.

La institución se impregna de un contenido altamente moral.

7°.—Entre nosotros también esa evolución ha tenido cabida. Y es muy interesante anotar que el código de Bello se anticipó en esta materia, como en otras muchas, a las que más tarde serían conquistas de la jurisprudencia francesa. Sus disposiciones son más liberales al respecto. La finalidad propia de la institución se encuentra en él bastante marcada. En efecto, en el artículo 254 se contempla el caso de inhabilidad moral del padre para privarlo del cuidado personal del hijo; en el 299 se autoriza para privarlo de la administración de sus bienes, cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual, es decir, descuido en el manejo de sus intereses, y en el artículo 315 se contemplan como causales para la emancipación o sea la extinción de la patria potestad, el hecho de maltratar al hijo habitualmente, poniendo en peligro su vida o causándole grave daño; el hecho de abandonarlo y el caso de depravación.

La ley 45 vino a marcar más claramente la finalidad especial de esta potestad, al definirla como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad le impone”. De manera que sus derechos responden exclusivamente al mejor cumplimiento de sus deberes, es decir, se otorgan en realidad para beneficio y defensa del hijo.

Nuestro sistema es como se ve, muy semejante al francés creado por las leyes posteriores al C. de Napoleón. Sólo es necesario que la jurisprudencia interprete el art. 315 en forma acorde con la definición traída por la ley 45, ampliando la causal por maltrato a todo caso en que se pruebe crueldad o castigos injustos habituales, aun cuando no se le cause al hijo daño de gravedad, e igualmente interpretando ampliamente el caso de abandono e incumplimiento de sus deberes y el más interesante de depravación. Es decir, que se convierta ese instru-

mento legal en eficaz defensa del patrimonio moral y de la salud de los hijos.

8°.—El derecho moderno reacciona también contra otros dos atributos o facultades del padre, actualmente imperantes en nuestro código: el derecho a escoger la profesión o estado del hijo hasta su mayor edad, y el derecho a que obtenga necesariamente su consentimiento hasta esa edad para contraer matrimonio.

En cuanto a lo primero, es lógico que el padre se oponga a que su hijo abrace una profesión deshonesta e inmoral, pero si no se trata de esto y el muchacho entró ya a la edad del discernimiento, deben primar entonces las inclinaciones que tenga ya que él será quien mejor conozca para qué clase de actividades se encuentra capacitado.

Pero este defecto de nuestra ley se atempera por el hecho de que no existe sanción legal para el caso de que contrariando la voluntad del padre, el hijo resuelva seguir la carrera para la cual se siente inclinado.

No pasa lo mismo con el caso segundo. El rigor de la ley nuestra es aquí extraordinario, mayor aún que el del C. de Napoleón.

De acuerdo con los arts. 117, 120, 121, 124 y 125 el padre o la madre en su defecto, y aún los demás ascendientes a falta de aquéllos, tienen un poder discrecional para acceder o negarse a dar el consentimiento que se les exige como indispensable para el matrimonio de un varón menor de veintidós años o de una mujer menor de diez y ocho. Sólo el curador, a falta de todos aquéllos, está obligado a expresar la causa de su negativa. Y la sanción para el desobediente no puede ser más exagerada: pérdida de sus derechos herenciales abintestato hasta en la mitad; posibilidad de ser desheredado no sólo por aquél o aquéllos cuyo consentimiento les fuere necesario, sino por todos los otros ascendientes, y facultad para el ascendiente cuyo consentimiento era necesario para revocar las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho.

De manera que no solamente el padre o ascendiente puede negar injustamente su consentimiento, por capricho o por venganza o por ánimo de perjudicarlo, sino que el menor queda expuesto además a implacables represalias.

El derecho moderno ha reaccionado contra este rezago de la potestad romana. Se aléga que la negativa del padre no debe ser discrecional, sino razonable y motivada y que en caso de que sea injusta debe ser revisada por el juez. Tal es la opinión de muchos autores, y así lo han establecido los modernos códigos alemán e italiano y el có-

digo soviético que llega hasta suprimir completamente el requisito del consentimiento. Nada más justo en mi concepto. La ley no debe fomentar ni defender arbitrariedades e injusticias. Y el mismo Pothier decía que en casos en que la injusticia fuera evidente, los jueces podrían dispensar al menor del consentimiento.

Esta solución, claro está, es imposible dentro de nuestro sistema legal. Tampoco en Francia se acepta que el juez pueda dispensar el consentimiento. En ambos códigos la facultad es discrecional. Pero también totalmente absoluta? Cualquiera que sea el grado de injusticia e iniquidad y los perjuicios que se causen al menor y a su presunta consorte, es el padre irresponsable civilmente?.

La jurisprudencia francesa ha sentado repetidas veces la doctrina de que cuando ha mediado primero la aceptación del matrimonio y la oferta del consentimiento, no se puede luego recoger la palabra empeñada sino por algún motivo serio y justificativo, o de lo contrario se incurre en abuso del derecho y se deben indemnizar los perjuicios morales y económicos que se causen a los prometidos.

Esta jurisprudencia ha sido naturalmente combatida, pero juristas tan eminentes como Josserand (Obra citada Ns. 73 y 74), Rippert (La Regla... N° 100) la defienden. También Rouast es partidario de ella, pero niega que su fundamento esté en la teoría del abuso de los derechos.

9°.—Podrá en Colombia consagrarse la misma doctrina? Parece muy difícil, porque nuestro código es más riguroso y porque entonces habría necesidad de concluir que el juez al proceder a indemnizar los perjuicios podría anular el desheredamiento o la revocación de las donaciones que se hubieren hecho por los ascendientes, lo que no parece posible. Pero en todo caso, es un grave defecto legal que es necesario corregir y en la revisión del código, que se adelanta, se debe incluir el derecho del juez para revisar la negativa y la obligación de indemnizar los perjuicios que con ellos se causen cuando ha sido injustificada. Igualmente se debe atemperar el rigor de la sanción, suprimiendo por ejemplo la parte final del art. 124 según la cual, si alguno de los ascendientes muriese sin hacer testamento, "no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto". Disposición absurda a todas luces. Además se debe establecer una misma edad para el varón que para la mujer, ya que lo contrario se justifica en cuanto a la edad límite para contraer nupcias, que es cuestión fisiológica, y no en el caso presente que

encierra una cuestión de discernimiento.

La única atemperancia que trae nuestro código está en la disposición del artículo 119 según el cual, se entiende que falta el padre, es decir, que no se necesita su consentimiento, cuando ha sido privado de la patria potestad y la madre que por su mala conducta ha sido inhabilitada para intervenir en la educación de sus hijos. Pero debe entenderse, en mi concepto, que la falta se produce también cuando ha sido simplemente separado de la guarda del hijo, ya que los motivos que inducen a ésto son precisamente los que justifican la medida; porque si de acuerdo con el art. 265 el padre o madre que por mala conducta han perdido la guarda personal del hijo pierden el derecho de intervenir en su educación y en la determinación de su estado, con mayor razón deben perder el de intervenir en la aprobación de su matrimonio. En ambos casos se está moralmente impedido para ejercitar el derecho.

Ahora, cuando la negativa proviene de un curador general o especial sí es posible, en mi concepto, recurrir al juez para que la revise, porque de lo contrario de nada serviría la obligación de expresar las causas que la determinaron. Fuera de que no existen las razones de familia que llevan al legislador a darle aquel poder discrecional al padre.

—()—

CAPITULO II

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HIJO NATURAL

10.—Puede decirse que el estatuto legal de los hijos naturales ha sometido fatalmente a esta oscilación: a mayores derechos que se le reconocan, más dificultades para la prueba de su filiación, y a mayores facilidades de prueba, menores derechos. Entre los débiles han sido ellos los más desamparados por el derecho, a causa principalmente de una mala interpretación del aspecto moral que se encierra en la paternidad natural.

Por un criterio religioso torcido se arrojó sobre los hombros del hijo la dura cruz del pecado de sus padres. Y bajo pretexto de condenar el acto se le hizo en realidad impune e irresponsable. El Manto de olvido con que la ley cubría el nacimiento de la criatura, servía únicamente para favorecer la desvergüenza y la iniquidad de un padre desnaturalizado.

11.—El antiguo derecho francés no ponía traba alguna a la investigación de la paternidad natural; su prueba era absolutamente libre y se favorecía, bajo este aspecto, a la mujer seducida y al hijo; pero, en cambio, las consecuencias legales de tal paternidad se limitaban a fines estrictamente alimenticios. Y es curioso observar el procedimiento drástico que imperaba para estos juicios y que se basaba en la fe prestada a la denuncia hecha por la seducida de la persona de su seductor, quien por ese solo hecho quedaba obligado a suministrar provisionalmente para los gastos del parto y la crianza del niño. "Virgini proegnantis creditur" era la máxima para tal caso.

Naturalmente el sistema se prestaba a continuos abusos, chantajes especialmente, razón por la cual fue suprimido por la revolución y luego por el C. de Napoleón, parece que por directa inspiración del Primer Cónsul; se pasó luego al sistema opuesto de la absoluta prohi-

bición de investigación, salvo el muy raro caso de raptó cuando coincide con la época de la concepción.

Pronto la doctrina reaccionó contra la rigidez del Código y se rebatieron de mil modos los dos argumentos esgrimidos en su favor: la dificultad de la prueba y el peligro de los chantajes y de los escándalos. Se dijo que la facultad probatoria era mayor en muchos casos admitidos por la ley y especialmente en cuestiones penales en donde es la misma vida del hombre la que está en juego, y que en todo caso la dificultad no encierra la imposibilidad de probar la filiación. El mismo código admite un caso que merece credibilidad: el del raptó; y sin embargo, la confesión inequívoca, la posesión de estado, el concubinato notorio, la seducción y la violencia ofrecen por lo menos, igual mérito de convicción y en veces superior.

En cuanto al argumento del temor al escándalo y a los chantajes no deja de ser un fantasma, una muralla de humo para criterios incautos. Mayor es el escándalo y peores las consecuencias para la familia legítima en caso de divorcio, de separación de cuerpos, de impugnación de un hijo legítimo por adulterio de la esposa. Por qué entonces levantar muros donde no existe en realidad una pequeña piedra?

Además no debe olvidarse que la filiación es algo ligado íntimamente con la dignidad y el honor de toda persona, que es en sí misma un valor moral y que por consiguiente no puede sacrificarse con el pretexto de darle una tranquila digestión al pecado del padre. Por otra parte todo lo relacionado con el estado civil de las personas es de orden público y por tanto no puede ceder ante triviales razones de tranquilidad familiar.

Y en cuanto a los chantajes, si bien es cierto que es posible que se presente, ni son ellos exclusivos de este caso, ni el remedio para evitarlos está en cortar el derecho sino en sancionar su torcido ejercicio con penas tanto para el demandante temerario o de mala fe, como para el abogado que lo asesore.

Demasiado poderosas eran estas razones para no ser acogidas por el legislador francés. Pero a pesar de su claridad y del fondo de justicia, de equidad, del contenido cristiano que las reviste, largo y difícil fue el proceso legislativo. En el año de 1878 fue presentado al Senado y vino a recibir consagración apenas el 12 de noviembre de 1912. Esta ley le abre las puertas a la prueba judicial de la paternidad, pero la limita a cinco casos precisos, semejantes a los de nuestra ley 45 le 1936, y establece un plazo de dos años contados a partir desde el naci-

miento del hijo, o desde la cesación del concubinato o del apoyo económico del padre, cuando existen estas circunstancias; pero si no es ejercitada por la madre o tutor dentro del término indicado, puede el hijo hacerlo dentro del año siguiente a su mayor edad.

La doctrina contemporánea sin excepción sostiene la justicia de esa ley y aún se la critica por demasiado rigurosa en cuanto a la prueba en algunos casos. La tendencia es a darle prueba libre a la filiación natural, ya que no hay razón para negarse a reconocer una filiación cuando es evidente, cualesquiera que sean los diversos medios probatorios que se hayan empleado.

12.—Entre nosotros también se presenta la misma evolución, pero con una diferencia: que el legislador posterior al código se pronunció primero, no para corregir la injusticia consagrada, sino para hacerla más odiosa y aberrante.

Como en el código francés, el reconocimiento voluntario era la prueba de la filiación natural y especialmente de la paternidad. Pero se establece la investigación judicial para el caso del raptó, y, caso establecido en nuestro código, omitido en el francés, para los hijos nacidos de concubinato. En ambos casos se da una presunción legal de paternidad a cargo del raptor y del concubino, no destruíble sino por la prueba de la imposibilidad para tener acceso físico a la mujer durante el tiempo en que debió verificarse la concepción. Es decir, se le da al concubinato una fe igual que a las relaciones matrimoniales. Y por último, se autoriza a todo hijo para pedir judicialmente al padre que le reconozca, o mejor, que declare bajo la gravedad del juramento, si cree ser su padre o nó. Pero se le da, en todo caso, a la filiación judicialmente establecida, el valor ordinario y completo sin distinguirla de la originada en un reconocimiento voluntario. Y también, respecto de la maternidad, se da el derecho de probarla judicialmente cuando la madre niega serlo, por medio de testimonios fehacientes sobre el hecho del parto y la identidad del hijo.

Más liberal fue también en esta materia nuestro código que el francés. Pero desgraciadamente vino la reacción de la ley 153 de 1887 que borró de un solo golpe toda huella de benignidad y de comprensión para el hijo natural, sometiéndolo a la más aberrante situación. Se suprime la presunción en caso de concubinato; se limita el caso del raptó a una presunción de obligación alimentaria; se mantiene el derecho a pedir al padre bajo juramento el reconocimiento, pero limitándolo incomprendiblemente en sus consecuencias a la obligación de darle lo es-

trictamente necesario para su subsistencia y únicamente para los hijos menores de 21 años, salvo incapacidad para el trabajo. Y en cuanto al reconocimiento, lo prohíbe para los hijos de dañado ayuntamiento. El hijo natural queda sin representación; y sus derechos herenciales reconocidos por el código son suprimidos en su totalidad, en concurrencia con los hijos legítimos.

Más oscuro panorama no puede encontrarse en la legislación, precisamente cuando en Francia hacía ya nueve años que se había presentado el proyecto de ley que vino a ser la de 1912 y la jurisprudencia y la doctrina luchaban por defender los derechos de los hijos naturales.

Y esa situación permaneció intacta, con la única modificación introducida por la ley 95 de 1890 que creó la presunción de maternidad natural por el simple hecho del parto, hasta el año de 1936 en que fue aprobada la ley 45. Y aquí también se alegaron, con cincuenta años de retardo, en oposición al proyecto, las razones ya rebatidas hasta la saciedad de la dificultad de la prueba y del peligro de los escándalos.

Con esta ley nuestra legislación se puso a la altura de la francesa. Las dos leyes son casi idénticas, pero la nuestra abarca otras dos materias trascendentales para el hijo natural: le da representación, otorgándole la patria potestad a la madre en primer término o al padre, y le restituye sus derechos herenciales en concurrencia con los hijos legítimos, mejorándolos en concurrencia con los demás herederos y suprimiendo, además, la categoría de hijos de dañado ayuntamiento.

13.—Sin embargo, la labor de la jurisprudencia en los dos países ha tomado derroteros opuestos. Mientras en Francia se orienta con un criterio social, de interpretación extensiva de los beneficios de la ley, en Colombia, y a pesar de que nuestra ley es más liberal si se quiere, se ha desarrollado con un criterio cerrado que trata de restarle su campo de aplicación y de limitarle sus beneficios.

Tenemos el caso de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la investigación de la paternidad después de muerto el padre presunto. Se alega que en virtud de la aplicación que debe hacerse de los artículos 401 a 405 del C. C., en estos litigios es indispensable la concurrencia del padre y por consiguiente no es admisible el juicio después de su muerte, salvo el caso de que se haya iniciado con él y fallezca posteriormente; que no es posible aceptar la dualidad de fallos que produzcan efectos erga-omnes, cuando se pronuncian contra legítimo contradictor, y fallos que sólo los producen limitados a las partes, cuando se pronuncian contra los herederos o terceros. Y se repiten para el

caso, las objeciones de dificultad de la prueba y de peligro de escándalos y chantajes. (Sentencias de 19 de abril de 1940 y de 30 de junio de 1941).

Veamos lo que dicen aquellas disposiciones:

“Artículo 401.—El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarree. La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna”.

“Artículo 402.—Para que los fallos de los que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario: 1) Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.—2) Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.—3) Que no haya habido colusión en el juicio”.

“Artículo 403.—Legítimo contradictor en la cuestión de la paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre; y en la cuestión de la maternidad, el hijo contra la madre o la madre contra el hijo. Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”.

“Artículo 404.—Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor en contra de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron”.

La Corte ha interpretado estos artículos no solamente aislándolos de las demás disposiciones que sobre filiación existen en el código, sino rompiendo la unidad formada por ellos mismos; arrancando del grupo el inciso 2° del art. 403 para buscarle una interpretación ajena al sentido general del grupo de disposiciones, pecando contra elementales normas de hermenéutica.

Y conviene observar desde ahora que el artículo 404 dice que los herederos sólo representan al contradictor legítimo; es decir, que no concurren como legítimos contradictores, sino cuando el juicio se ha iniciado con el padre, pero nó que sólo en ese caso puedan ser contradictores ordinarios de la acción.

Los artículos 401 a 404 del C. C. sientan una doctrina que es aplicable tanto a los juicios de filiación legítima como a los de filiación natural, y tanto a los casos de impugnación de la paternidad como a los

de investigación de ella, no siendo posible darles aplicación distinta en unos y en otros.

Es algo que cae por su propio peso, que los textos aludidos, antes que el art. 7° de la ley 45 de 1936 los incorporara a los estatutos de los hijos naturales, estaban destinados a regular los juicios sobre legitimidad y que en ellos el código había sentado una doctrina definida para tales juicios. El contenido jurídico de estos artículos era perfecto antes de la ley 45; su alcance, su sentido, su importancia, nada tienen qué ver con el hecho de que en el año de 1936 el legislador los hubiera declarado aplicables a la filiación natural. Este hecho ulterior no puede haber modificado ninguno de sus aspectos. El legislador del año 36 se limitó a *remitir* al juez a lo establecido en el código, por intermedio de estos textos, sin pretender modificarlos en ningún sentido.

De manera que cuando en presencia de un litigio sobre filiación natural se hace necesario recurrir a los arts. 401 a 404 del C. C. el intérprete debe recogerlos con el contenido, el avance y la importancia que dentro del código civil poseen, con independencia de la ley 45 de 1936.

Y como la finalidad propia de estos artículos es la de regular los litigios sobre filiación legítima, y la doctrina que contienen se refiere a esta filiación, al traerlos el juez a un caso de filiación natural debe darles lógicamente el mismo sentido, alcance e importancia que poseen para los juicios de filiación legítima.

La doctrina que quiera el juez hacer deducir de estos textos, necesariamente se referirá en primer término a la filiación legítima y consecuentemente a la natural. Lo contrario equivale, nó a darles aplicación, sino a modificarlos, contra la expresa voluntad del legislador de 1936.

Esto no admite discusión; el origen y el tenor literal de los artículos, su espíritu y su contenido doctrinario no dejan duda alguna sobre el particular.

14.—Y a qué juicios de filiación legítima se refieren los artículos 401 a 404 del Código Civil? Únicamente a los de investigación de paternidad legítima? Evidentemente que nó. Estos textos se aplican tanto a la investigación como a la impugnación de la paternidad legítima, por expreso mandato del legislador.

En efecto: según el art. 401, los efectos absolutos que en él se designan los tendrá “el fallo que declara verdadera o *falsa* la legitimidad del hijo”. Y “la misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser

verdadera o falsa una maternidad QUE SE IMPUGNA”.

De manera que el artículo, y en consecuencia los tres siguientes que lo complementan, se aplican a los juicios en que se pretenda que la legitimidad del hijo es falsa y a aquéllos en que se trate de *impugnar* la maternidad legítima. Cuáles son estos juicios?

Sin duda alguna, para que un fallo pueda declarar “falsa” la legitimidad de un hijo, es indispensable que se refiera a una persona que hasta ese momento tenga el carácter aparente de hijo legítimo. Porque, como dice Escriche, falso es “lo engañoso, fingido, simulado o falta de ley” y es precisamente un caso de falsedad con hechos o acciones, el de “la mujer, que fingiendo un parto que realmente no ha tenido, supone como suyo el hijo de otra mujer”. Aceptación aquélla, la misma del diccionario de la real Academia Española”.

Y en cuanto a lo segundo, nadie ignora que en virtud de la presunción de que el hijo de la mujer casada es del marido, aun cuando nazca después de disuelto el matrimonio, todo lo que se afirma de la maternidad legítima afecta también a la paternidad. Luego la declaración de que un hijo no es de la mujer casada, significa también que tampoco es de su marido o por lo menos que no es hijo legítimo de éste. En una palabra, la impugnación de la maternidad legítima conlleva la de paternidad legítima.

Puéda negarse entonces que este art. 401 se refiera también a los juicios de impugnación de paternidad legítima?

Pero hay algo más: al definir el art. 403 qué debe entenderse por legítimo contradictor. En la cuestión de la paternidad dice que es el PADRE CONTRA EL HIJO o el hijo contra el padre. Y para que el padre vaya contra el hijo se necesita que inicie un juicio de impugnación de la paternidad.

El punto no da lugar a duda, desde que no se quiera pasar por sobre el sentido y el tenor literal mismo de los artículos. Y a eso precisamente se debe la existencia del inciso 2°, del art. 403; el legislador temió que en vista de las referencias que hacía a los juicios de impugnación, se olvidara la prohibición consignada en el art. 216 o se creyera que había sido derogado. Luego, como tanto cuando se investiga como cuando se impugna, la paternidad se compromete en el juicio, si la prohibición contenida en el inciso 2° del art. 403 se aplicara después de muerto el padre, no sería posible tampoco iniciar juicios de impugnación de la paternidad legítima ni natural sino mientras viva.

15.—En cuanto al argumento de que con la dualidad de fallos se

viola el principio de la indivisibilidad del estado civil, no deja de ser sino producto de una errónea comprensión de lo que por dicha indivisibilidad se entiende. En efecto, como dice Josserand, el principio de la indivisibilidad se refiere a que una persona no puede tener simultáneamente dos estados diferentes, y a que una persona no puede reclamar unos atributos de su estado y rechazar otros. Pero el problema de saber frente a qué personas puede prevalecerse un individuo de las consecuencias propias del estado que le ha sido atribuido por una sentencia judicial, es completamente distinto. (T. 1 N° 1.315). Los efectos del fallo, el valor probatorio de la sentencia, nada tienen que ver con la indivisibilidad del estado, exactamente como sucede en materia de propiedad, derecho absoluto por excelencia: quien goza de una sentencia a su favor es dueño ante todo el mundo, pero no puede obligar a un tercero, imponerle las consecuencias del fallo, sino vencéndole en nuevo juicio.

De manera, pues, que los efectos que se hagan surtir a estos artículos son unos mismos para los juicios de impugnación que de investigación de la paternidad. Y entonces se tiene que, de ser cierta la tesis de la Corte, habría necesidad de generalizarla en la siguiente forma: "Siempre que la paternidad natural o legítima esté comprometida en el juicio, sea que se impugne o que se investigue, es necesaria la concurrencia del padre al juicio, so pena de nulidad".

Y todos los juicios que el Código autoriza sobre impugnación de la paternidad después de muerto el padre; los artículos 219 a 222, 247, y 258 del C. C.; la autorización contenida en el art. 20 de la ley 57 de 1887; la prueba de posesión de estado de hijo legítimo con posterioridad a la muerte del padre; los arts. 234, 406 y 407 del mismo Código, y el art. 58 de la ley 153 de 1887, vienen a quedar total o parcialmente desconocidos y violados por la sentencia.

Es absurdo desde todo punto de vista pretender limitar la prohibición a los casos de investigación de la paternidad natural. Si la prohibición existe consignada en esos textos legales, necesariamente se aplica a todos los casos que en ellos se contemplan.

Todos estos artículos violados directa o indirectamente, están gritando lo que tantas veces se ha repetido: los arts. 401 a 405 del C. C. no están estatuyendo sobre legitimidad de la personería, ni sobre validez del juicio en relación con las personas que deban intervenir en él, sino únicamente para el caso de vivir el padre y en virtud de haber introducido el legislador, rompiendo con ello la armonía del grupo de

disposiciones, el inciso 2° del 403. Pero la capacidad de las partes para intervenir en el juicio, abstracción hecha de los efectos del fallo, se dejó a la norma general sobre legitimidad de la personería y a las numerosas disposiciones que, dispersas en el Código, autorizan el ejercicio de las acciones de estado civil.

16.—Sintetizando ahora mi opinión sobre el problema de la investigación de la paternidad, se pueden sentar las siguientes conclusiones:

Las acciones de estado civil son por naturaleza permanentes e imprescriptibles, mientras los hechos generadores de tal estado subsistan; de manera que salvo disposición legal en contrario que establezca un plazo perentorio para su ejercicio, no puede limitarse en el tiempo el derecho a establecer judicialmente el estado civil.—Pero la sentencia que se pronuncie como consecuencia de una de estas acciones, tiene naturaleza simplemente declarativa y no constitutiva de estado; es decir: reconoce la existencia del hecho reclamado; no lo crea, ni lo modifica.

Desde un punto de vista doctrinario y lógico, tampoco las acciones de estado civil debieran tener limitación en cuanto a las personas respecto de las cuales se pueda reclamar judicialmente la existencia de un determinado estado; pero en virtud de expresa voluntad del legislador, mientras el padre viva es indispensable su concurrencia al juicio.

En principio, las sentencias que recaigan sobre esta materia de la filiación, deben tener los generales efectos relativos de toda providencia judicial, sin que por ello venga a perjudicarse la indivisibilidad del estado civil que nada tiene que ver con los efectos obligatorios de la declaración judicial. Pero por virtud de la disposición legal, cuando el juicio se inicie contra legítimo contradictor, el fallo que recaiga, aprovecha y perjudica a todo el mundo, o sea, que sus efectos son absolutos; y como mientras el padre viva debe intentarse contra él la acción, se tiene que durante su vida, la sentencia necesariamente tiene que producir tales efectos generales.

Muerto el padre desaparecen dos circunstancias: la prohibición de no discutir la paternidad de sus hijos sin su concurrencia y los efectos absolutos de las sentencias por imposibilidad de llenar los requisitos de que se pronuncien contra legítimo contradictor. Como consecuencia de esto, los fallos que recaigan en tales juicios no producen sino simples efectos relativos de acuerdo con la regla general. Y en vista de aquello viene a regir la regla según la cual, todo el que tenga inte-

rés legítimo en la suerte de una acción judicial tiene personería suficiente para contradecirla, sin que sea necesario que dicho interés sea el herencial, sino que basta otro patrimonial cualquiera o el simple interés moral que da la calidad de pariente del presunto padre. De manera que la acción puede ser dirigida contra los herederos o contra cualquiera otra persona interesada moral o económicamente en la cuestión. El código no regula en forma alguna la personería de las partes después de muerto el padre en los arts. 401 a 405 y la referencia que en ellos se hace a los herederos, se limita a la facultad de comparecer en la especialísima calidad de legítimo contradictor, cuando el padre muere después de iniciado el juicio; pero nada dice para el caso de que se inicie después de su muerte.

Mas, al afirmar lo que antecede, no se está violando el principio de que el estado civil es intransmisible, porque no se trata de que los herederos o terceros se presenten con la calidad de "padre", sino como directos interesados. Y tampoco se puede decir que se vienen a crear situaciones que únicamente al padre le corresponde otorgar, porque se limitan a controvertir sobre la previa existencia de la filiación y de los derechos que emanan de ella, sin que de su voluntad dependa su nacimiento o su reconocimiento y sin que les corresponda cumplir ninguna obligación de hacer, sino sencillamente sufrir los efectos morales y patrimoniales que la existencia del hijo reconocida en el fallo les acarrea. Ni se trata de transmitir una acción de estado civil, las que por otra parte son generalmente transmisibles.

Además, vista bien la cuestión, a los herederos no se les debe demandar como representantes del *de cuius* sino como personales interesados. Pero sin que esto llegue a viciar de nulidad al juicio, ya que se trata de una acción que va a afectar la masa herencial, o sea el patrimonio del causante, cosa que les da personería como representantes del *de cuius*. (Véase: "Investigación de la paternidad natural, después de muerto el padre presunto", del autor).

17.—En todo caso, para el derecho moderno, que considera la filiación como un hecho generado por la concepción, como un vínculo natural que ata al padre con el hijo, independiente de la voluntad de aquél y que existe por sí solo con prescindencia de la prueba que la establezca legalmente, el hijo natural tiene derecho a que se le den las vías legales necesarias para establecer en justicia su filiación cuando el padre se niega a cumplir con ese deber.

Dentro de la concepción del C. de Napoleón y de nuestro código,

y especialmente de la ley 153 de 1887, la filiación natural paterna aparece como producto de la voluntad del padre, ya que la única manera de establecerla es por medio del reconocimiento voluntario, con las contadas excepciones abolidas por esta última ley. Hoy, por el contrario, es admitido por todos que tanto el reconocimiento voluntario como el fallo judicial tienen un carácter simplemente declarativo, se limitan a reconocer un hecho existente, un vínculo creado. (Beudant T. 3 N° 1.189). Luego, dentro de una concepción puramente lógica, debe admitirse la prueba de la paternidad natural en forma libre, y no debe existir limitación de tiempo ni de personas que puedan soportar la acción. Las restricciones existentes son impuestas por conveniencias prácticas o por el residuo de temor que queda contra tales perturbaciones y los abusos a que puede dar lugar.

Puede decirse que es principio general en las legislaciones del mundo, la investigación de la paternidad natural y el reconocimiento de los derechos de los hijos naturales, con excepción de muy contados países. En términos generales, el derecho moderno ha emprendido la redención de estos débiles otrora los más desamparados, y a favor de los cuales existen quizás las más poderosas razones de equidad y de moral cristiana.

CAPITULO III

REFORMA DEL ESTATUTO DE LA MUJER CASADA

18.—La potestad marital y en general el estatuto de la mujer casada ha sufrido una evolución parecida a la que se estudió en la patria potestad. De la situación aflictiva en que la colocaba el derecho Romano, ha ido pasando, por fuerza de la equidad, y de la tendencia general a la protección de los débiles, a la condición liberal en que hoy se encuentra. Para los romanos la potestad marital era tan absoluta y unilateral como la patria potestad. Era el interés del marido el que se tenía en cuenta, y sus facultades lo llevaban a ejercer un verdadero dominio sobre su mujer. Únicamente derechos y beneficios se deducían para él de dicha potestad.

No solamente en cuanto a los bienes de la mujer, sino también en cuanto a su persona misma sus poderes eran absolutos.

Con la Revolución Francesa el mundo jurídico se impregna de un sentido de igualdad y de libertad, pero únicamente en el terreno contractual y precisamente en donde era perjudicial para quienes estaban en una situación real de inferioridad. Mas ya vimos cómo en materia de filiación natural no tuvieron eco los principios fundamentales de la revolución; e igual cosa sucede respecto a la mujer casada. Se amortigua, claro está, el rigor de la legislación romana, pero sigue siendo el eterno incapaz de que hablara algún autor.

El Código de Napoleón significa, no obstante, un avance apreciable en esta materia. Parece que se le quita a la potestad marital el significado de ser para el beneficio del marido y se mira más bien al interés de la familia y aún de la sociedad en general. Se frena ya el egoísmo del marido.

La mujer queda sometida a incapacidad civil, pero los poderes del marido sobre la persona quedan limitados. Y en todo caso es sujeto de derecho y su incapacidad es simplemente relativa.

19.—Nuestro código establece el mismo sistema. Se otorga una medida de defensa contra el abandono del cumplimiento de los deberes por el marido y contra el mal trato, elevándolos a causales de divorcio; esto último, inclusive cuando es sólo de palabra por medio de ultrajes que afecten su dignidad y su honor. (Art. 154) Se le da el derecho a pedir la separación de bienes, y se presume la autorización del marido para los actos concernientes al ejercicio público de una profesión o industria.

Pero queda sobre la mujer de todas maneras una doble potestad del marido: la obligación de obedecerle, de ser controlada en sus relaciones, de seguirle a donde quiera que traslade su residencia, o sea una potestad sobre su persona, y su incapacidad civil o potestad sobre sus bienes.

20.—Pronto sin embargo empieza la jurisprudencia francesa su labor de vigilancia y de limitación de las facultades del marido. Se alega que no puede hacer uso de ellas en forma absoluta, aún en los casos en que la ley no establece limitaciones ni condiciones para su ejercicio, sino siempre de acuerdo con la finalidad que les es propia, o sea, la defensa y el interés de la familia.

Se alega que el derecho a controlar su correspondencia, por ejemplo, nacido de la obligación de obediencia que pesa sobre ella, no puede ser ejercitado sino con el fin de salvaguardar la seguridad y moralidad del hogar. Pero que si se establece que es ejercitado con mala intención, con el deseo de perjudicar a la mujer, de lograr un chantaje o por pura tiranía doméstica, hay que considerarlo como abusivo e ilícito. La autoridad marital no puede ejercitarse sino con fines lícitos y serios, o de lo contrario puede ser sancionado el marido especialmente con el divorcio o la separación de cuerpos.

Esta conclusión es perfectamente aplicable en Colombia, dentro del sistema primitivo del código, ya que aquí únicamente se habla de la obligación de obediencia y el artículo 154 establece como causal de divorcio los ultrajes que hagan imposible la tranquilidad y el sosiego domésticos. Se aplican aquí tanto la teoría del abuso de los derechos como la de los móviles determinantes, consecuencia ésta última, de la necesidad de investigar el contenido moral de los actos jurídicos.

En mi concepto tampoco debe admitirse el derecho a fijar el domicilio de la familia, como algo absoluto y discrecional. También la conducta del marido a este respecto debe estudiarse a la luz de los móviles determinantes, porque si se llega a establecer que con ello se persigue

nó el bienestar de la familia, ni se responde a necesidades económicas, sino al deseo de mortificarla o tiranizarla, cabe el perfecto derecho a la mujer de desconocerlo, sin que por ello se la pueda tachar de abandono del hogar conyugal.

En cuanto a las facultades del marido sobre los bienes de la mujer también la jurisprudencia dejó sentir su influencia bienhechora. A pesar de que el C. de Napoleón no le establece limitaciones al derecho del marido para dar o negar su autorización a la mujer para la ejecución de un acto o contrato, la jurisprudencia llegó a la conclusión de que cualquiera que fuera la determinación del marido debía estar motivada por el interés de la familia, que en ningún caso era su negocio personal o egoísmo el que debía decidirlo a ello, y que la misma regla debía aplicarse cuando ejercitaba la acción de nulidad contra un acto ejecutado por ella sin su autorización. Y si pone esa facultad al servicio de fines ilegítimos, abusa de ella y se hace merecedor de la sanción.

Pero no solamente cuando niega su consentimiento sino también cuando lo otorga, puede darse el caso de un abuso de su derecho. Así, cuando autoriza a su mujer a realizar un acto en forma irregular o ilegal, el tercero perjudicado puede dirigirse contra el marido en demanda de indemnización, si ha habido de su parte intención dolosa o voluntad de perjudicarlo.

21.—Nuestro Código a este respecto es más amplio que el Francés. Por una parte permite a la mujer recurrir al juez para que supla la autorización del marido, si éste la niega sin justo motivo (art. 188), con lo que está estableciendo simplemente la doctrina francesa, la relatividad del derecho y su fin exclusivamente para el beneficio de la familia. Y por otra parte establece que cuando la mujer obra con autorización del marido le obliga a él en sus propios bienes en primer término, como si el acto fuera del marido, y sólo sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que reporte del acto.

La labor de la jurisprudencia y el clamor de la doctrina que abogaba por la independencia civil de la mujer, por la abolición de su incapacidad, por considerarla aberrante e injustificada, ya que el matrimonio en sí mismo no puede disminuirlo la capacidad y por tanto es injusto colocarle en situación inferior a la mujer soltera, trajeron por último la intervención del legislador. Se dicta en Francia la ley de 18 de febrero de 1938, que otorga plena capacidad civil a la mujer casada, y en Colombia la ley 28 de 1932. Este caso demuestra que nuestro le-

gislador respondió primero que el francés a los dictados del derecho moderno.

Pero estas leyes no han suprimido la potestad marital. La han limitado a la persona de la mujer simplemente, y el derecho a la obediencia y los que de él emanan quedan siempre en cabeza suya, lo que es necesario para la estabilidad del grupo familiar.

Y nuestra ley da a la mujer casada una capacidad más completa que la que le otorga la ley francesa, puesto que en Francia necesita todavía de autorización para ciertos actos, sea por razón del régimen matrimonial que rijan ante los esposos, sea por algunas limitaciones impuestas expresamente por la ley, como la del art. 215 del Código Civil.

Pero de acuerdo con la actual legislación colombiana, no solamente está amparada la mujer en su capacidad civil y con ello de la dilapidación de sus bienes por el marido, sino que también dispone de un instrumento legal eficaz para privarlo de la participación futura de las utilidades que obtenga cuando incurra en cualquiera de las causas de divorcio, por medio de la separación de bienes.

22.—Este derecho a pedir la separación de bienes constituía una garantía transcendental antes de la ley 28 de 1932, ya que permitía ponerle coto al despilfarro del marido o a su mala fe, entregándole a la mujer sus bienes y procediendo a la repartición de los gananciales como en caso de disolución del matrimonio. Pero todavía hoy es de mucho interés, ya que siempre se produce el segundo efecto indicado y por consiguiente se evita que de las utilidades o ganancias posteriores participe el cónyuge que se ha hecho indigno de ello; pues las causales para pedirla son las mismas que para el divorcio, y en esa forma constituye un escudo de defensa para la dignidad y la seguridad de la mujer, ya que es posible que el egoísmo frene a la desvergüenza o imponga la cortesía.

Además, en mi concepto, hoy se puede pedir también la separación de bienes en caso de insolvencia del marido, puesto que el art. 200 del C. C. no se refiere a la pérdida o menoscabo de los bienes de la mujer únicamente, sino en general a la insolvencia del marido, y para la mujer continúa siendo de mucho interés el poder suprimir la participación de aquél en los gananciales que ella obtenga, cuando por especulaciones aventuradas o grave culpa haya arruinado su patrimonio perjudicándola, a su vez en sus gananciales. Y especialmente aparece la importancia de este caso cuando el marido se entrega a disminuir su ca-

pital fraudulentamente para burlar los derechos de la mujer sobre la sociedad conyugal.

Pero se debe ser riguroso en la apreciación de los motivos que alegue la mujer para la separación de bienes, por insolvencia del marido. Únicamente cuando esa insolvencia ha sido producida fraudulentamente por el marido o por grave culpa, debe, en mi concepto, aceptarse la demanda. Y, claro está, éste también debe pedirla cuando su mujer incurra en cualquiera de las causales de divorcio y quizás, aun cuando es más difícil por la redacción del art. 200, en el caso de insolvencia culpable o de administración fraudulenta, lo que sería justo puesto que ambos son ahora administradores de la sociedad conyugal.

Este sistema de la ley 28 de separación absoluta de administraciones, de completa capacidad civil de la mujer, y de sociedad conyugal que sólo produce efectos cuando precisamente debe disolverse, llamado también régimen de participación en los gananciales, es, sin duda alguna, una de las mejores adquisiciones de nuestra legislación, y fue tomada de la contemporánea legislación húngara.

Para concluir, puede decirse que la mujer casada ha sido redimida por el derecho moderno y que definitivamente ha salido del grupo tradicional de los "débiles" para ingresar de lleno a la vida jurídica.

CAPITULO IV

NACIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO DEL TRABAJO

23.—El trabajador ha sido otro de los eternos débiles del derecho. Ya mediante el abandono absoluto, ora por medio de duras restricciones, su situación ante el comercio jurídico y especialmente en frente de su obligado contratante, el patrón, ha sido de absoluta inferioridad.

En Roma no se reconocían derechos especiales al trabajador. Existen desde tiempos muy remotos corporaciones industriales, las que fueron conocidas expresamente por la ley de las Doce Tablas, que eran más bien asociaciones fraternales y se llamaban colegios. Pero más tarde, bajo César y posteriormente bajo Augusto, se suprime la mayor parte de ellas, debido a sus actividades políticas y se exigen estrictos requisitos para su formación, bajo duras sanciones. Sin embargo el movimiento se impone y Alejandro Severo termina por reconocerles su existencia legal, por nombrarles defensores y señalarles los jueces ante los cuales debían comparecer. Mas no faltaron las imposiciones, las servidumbres y los tributos a cambio de sus privilegios.

Pero esos colegios tenían un carácter patronal. Los obreros no gozaban de defensas y en general el trabajo era mirado con desprecio por las clases superiores. Su condición en muchos casos se confundía con la de los esclavos, a cuyo lado trabajaban en muchos talleres.

En la edad media nace el Corporativismo propiamente dicho. Las corporaciones eran asociaciones de artesanos que detentaban un monopolio de fabricación y venta, en un mercado restringido. Se eliminaba la competencia, pero en beneficio de los maestros. Los trabajadores propiamente dichos o compañeros eran explotados económicamente y estaban sujetos a multitud de trabas que entorpecían la posibilidad de llegar a maestros, razón por la cual se originaron numerosas protestas y hasta conatos de organización defensiva. Únicamente tenían la ventaja de no estar sometidos a un régimen de hambre, pero por lo general quedaban indefensos en manos de sus patronos.

Con el incremento del comercio y del progreso continuo de la demanda fue decayendo el régimen de las corporaciones. En Francia desde 1763, año en que se proclama la libertad del comercio de cueros, precedida por la de la industria campesina, empieza la reacción que culmina en el año de 1791 con la consagración de la absoluta libertad para ejercer profesiones u oficios y con la expedición de la llamada "ley Chapelier", por la cual se prohibió terminantemente toda asociación, sea patronal u obrera, que tuviera por objeto la defensa de los intereses comunes, por considerárselas atentatorias contra la libertad individual. La huelga fue declarada delito por una ley de 1810.

24.—Tal fue el criterio dominante en la expedición del C. de Napoleón. Como principio fundamental estaba la absoluta libertad contractual, y por consiguiente el legislador estaba vedado para intervenir en defensa de cualquiera de las partes. El Código fue inspirado por la filosofía jurídica individualista y por el liberalismo económico. La libertad contractual era considerada como inalienable y no se admitía la posibilidad de impedir a un patrono que contratara con un obrero una jornada cualquiera de trabajo y un salario cualquiera, si éste así lo aceptaba por su espontánea voluntad. Pero, claro, el análisis del consentimiento se limitaba al aspecto exterior de la declaración de la voluntad y no se pensó que ella podría ser viciada totalmente por la despiadada exigencia orgánica y por la excesiva competencia.

El sistema del Código, perfecto desde un punto de vista filosófico, resultaba en la práctica aberrante para el débil y precioso para el fuerte.

Nuestro Código acoge en forma absoluta el criterio y la reglamentación del Francés. Unos escasos artículos sobre arrendamiento de servicios y de obras, inspirados en el más puro individualismo, es todo lo que en él se encuentra sobre la materia; y naturalmente los complejos hechos originados por la relación de trabajo, escapan a su previsión. Por eso el C. de Napoleón, ha sido llamado el "código de los propietarios", denominación bastante justificada.

Obsérvese si no que el código reglamenta suscitadamente el arrendamiento de cosas, procurando garantizar en lo posible los derechos del arrendador, darle defensas eficaces como el derecho de retención; mientras que para el arrendamiento de servicios o de obras es extremadamente parco y se deja al arrendador en situación de inseguridad. Se defiende al dueño de la cosa, pero se olvida al dueño de la fuerza de trabajo.

25.—El siglo XIX se encarga de probar dolorosamente que no es posible obtener una justicia verdadera, un equilibrio equitativo, sino mediante la solidaridad de los débiles y la protección del estado. Se ve que la libertad contractual lleva fatalmente al más despiadado egoísmo del fuerte y a la más terrible explotación para el débil.

Se abre entonces el camino legal a las asociaciones y se admite el derecho de huelga. En Francia lo primero se produjo en el año de 1884 por la ley 21 de marzo y lo segundo, que por rara evolución se obtiene antes, por la ley 25 de mayo de 1864. Nosotros también cedimos ante la contundencia de los hechos, aunque más tarde, y así se admitió el derecho de huelga por la ley 78 de 1919 y el derecho a la sindicalización por la ley 83 de 1931.

Los trabajadores se encuentran ya con un medio de defensa en sus manos: la solidaridad, la unión. Pero el progreso continúa al mismo tiempo que el sistema capitalista se acrecienta y las riquezas se multiplican hasta que se impone definitivamente el intervencionismo de estado y la ley entra a regular directamente el contrato de trabajo, estableciendo sus condiciones generales y los derechos y garantías obligatorios para los trabajadores. Nace, pues, el derecho social separado definitivamente del derecho civil y con él las prestaciones sociales van creciendo y toma categoría legal el contrato colectivo de trabajo.

Y no solamente se establece una jornada de trabajo, el descanso dominical, el derecho a vacaciones anuales y el derecho a la cesantía que lo defienden contra la arbitrariedad del patrón, sino que se crea un sistema especial de responsabilidad para éste por los accidentes a que está continuamente expuesto el obrero y que crecen a medida que progresa el maquinismo y los medios de transporte se desarrollan.

Ya el obrero no necesita, como antes, probar la culpa del patrón para que de acuerdo con la noción clásica de responsabilidad extracontractual sea indemnizado. Sino que le basta establecer el daño y su relación con el trabajo, para que éste quede obligado a repararlo, haciéndose aplicación para el caso de la llamada teoría del riesgo creado.

La justicia de este sistema es indiscutible. El patrón que crea el riesgo que lo enriquece, debe también pagar los daños que cause sin que importe la ausencia absoluta de culpa de su parte.

La ley 10 de 1934 y sus decretos reglamentarios determinan el monto de la indemnización para cada caso y de acuerdo con una especial clasificación de los daños o accidentes. Sin embargo no quiere decir ésto que el trabajador esté impedido para obtener una mayor y

más completa indemnización. El la puede conseguir, pero recurriendo a un juicio ordinario y de acuerdo con las normas civiles de responsabilidad extracontractual. En este caso el juez debe condenar al monto total del perjuicio probado, material y moral, pero restando de él la suma que el lesionado hubiere ya recibido.

En esta materia también, por consiguiente, el derecho moderno ha reaccionado contra el criterio burgués de la filosofía jurídica de la Revolución Francesa y del C. de Napoleón, para pasar a cumplir su verdadera finalidad: la protección de los débiles. Y no solamente mediante el desarrollo de una norma civil, sino creando un derecho que le es completamente opuesto y que no conserva huella ninguna de su viejo y accidental origen. Qué relación puede tener el contrato civil de arrendamiento de servicios con el contrato de trabajo colectivo susceptible de romperse por la violencia autorizada y garantizada por el Estado?.

—()—

CAPITULO V

LA DEFENSA DEL PEATON

26.—El desarrollo de los medios de transporte, la aparición del automovilismo, trae consigo la creación de un nuevo riesgo: el accidente de tráfico, y de un nuevo débil: el peatón;

A medida que crece el número de vehículos automotores y que el tráfico adquiere volumen gigantesco, las víctimas de la imprudencia, de la impericia y de la irresponsabilidad de los conductores va aumentando hasta adquirir a su vez amenazantes proporciones. Naturalmente este riesgo no había sido previsto por el C. de Napoleón y las fórmulas estrictas del sistema clásico de responsabilidad extracontractual consignadas en él y analizadas exegéticamente, no podían corresponder a las nuevas circunstancias.

Las víctimas de los accidentes o sus parientes perjudicados moral o económicamente, quedaban en muchas ocasiones sin poder obtener la indemnización que la más elemental noción de justicia reclamaba, por imposibilidad de demostrar la responsabilidad del conductor. Era una carga demasiado pesada y demasiado injusta contra la cual reaccionó el derecho moderno.

Este hecho del creciente número de accidentes de tránsito, unido al desarrollo de la industria y a sus peligros inherentes, motivaron el nacimiento y desarrollo de la moderna teoría de la responsabilidad civil extracontractual, que se inspira en el fondo en un fin de protección a los débiles. Se buscan instrumentos legales para facilitarle a la víctima indemnización, relevándola de la carga de la prueba y presumiéndosela al autor del daño, como lo veremos más tarde, cuando se estudien las transformaciones presentadas en el Derecho de las Obligaciones.

Pero sirva esta brevísima alusión para recordar la existencia entre los débiles del derecho, de estos creados por la máquina moderna.

SEGUNDA PARTE

EN LOS BIENES

CAPITULO VI

LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD

27.—Para el derecho Romano la propiedad era un derecho absoluto, inmutable, permanente o perpetuo y exclusivo; era la “plenam in re potestas”. La capacidad jurídica del individuo, su carácter de sujeto de derechos, su independencia ante el Estado en el ejercicio de la vida civil, tenían la más completa consagración en este derecho. Era el derecho absoluto por excelencia en el cual se agotaban las facultades y poderes que una persona podía ejercitar sobre una cosa.

El C. de Napoleón quiso volver al absolutismo del derecho Romano. Impregnado de las ideas individualistas de la Revolución Francesa, hizo de la propiedad el derecho individual por excelencia. Su existencia y su carácter de derecho natural, inviolable y sagrado, ante el cual el Estado debía limitarse a cumplir una función de simple gendarme, fueron consagrados por la declaración de los derechos del Hombre y reglamentados por el Código. Se la considera como un derecho absoluto, para hacer posible la plena libertad del propietario. Se la rodea de toda clase de garantías y se la abandona al poder omnipotente del individuo. El C. de Napoleón fue, en primer término, el Código de los Propietarios.

Y tan grande fue el deseo de los legisladores de la Revolución de rodear a la propiedad del máximo de garantías, y como reacción contra el despotismo anterior de los reyes, que la convención de 1783 llegó hasta decretar la pena de muerte contra cualquier ciudadano que propusiera una ley agraria u otra cualquiera subversiva de las propiedades territoriales, comerciales o industriales.

De acuerdo con estas nociones que formaban parte sustancial de la filosofía jurídica de esos momentos, el C. de Napoleón, sienta la siguiente definición del derecho de propiedad: "el derecho de gozar y de disponer de las cosas *del modo más absoluto*".

El Código nuestro amplía más la definición, pero en el fondo consagra la misma noción: "El dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella *arbitrariamente*, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".

28.—En nuestro código ha sido consagrada, por tanto, la noción de la propiedad derecho absoluto, perpetuo, exclusivo, sagrado. Es cierto que tanto en él como en el Código Francés existen algunas limitaciones y desmembraciones del derecho de dominio, pero nada de eso modifica el carácter absoluto de las facultades del propietario.

En efecto, la definición dice, que el propietario puede disponer de su cosa arbitrariamente no siendo "contra la ley o contra derecho ajeno". Parece que se estuviese consagrando un derecho de propiedad limitado, pero no es así. Las limitaciones impuestas por la ley o por el derecho ajeno son de orden enteramente extrínseco; le ponen límite, le crean un cerramiento, le trazan sus fronteras objetivas, pero lo dejan en absoluta libertad en cuanto se ejercite sin salirse de sus fronteras.

El propietario, mientras no transpase ese límite exterior, puede ejecutar irrestrictamente su voluntad, puede usar o no usar de su cosa sin que lo segundo le acarree pérdida de su derecho; puede disponer de su propiedad como a bien quiera, inclusive por su destrucción material.

El concepto de propiedad dentro del movimiento codificador es, pues, absoluto y exclusivo en su ejercicio y contenido, y perpetuo en su duración. Únicamente se limita su extensión o mejor su campo de ejercicio, su objeto, nó su esencia o sus facultades, que permanecen ilimitadas. Es algo parecido a lo que pasa con la soberanía de los estados: la de cada uno está limitada por la soberanía de los demás, no puede traspasar sus fronteras; pero dentro de ellas se ejerce con absoluta potestad e independencia. El propietario es "un soberano que, encerrado en su cosa como en una fortaleza, obra a su antojo, discrecionalmente, sin que se le pueda pedir cuenta de sus actos y menos aún de los móviles que los han inspirado". (Josserand: *El Espíritu de los Derechos*, N° 13).

Las desmembraciones que el código admite del derecho de propiedad y los gravámenes que sobre él autoriza, se refieren a actos de voluntad del propietario o al derecho que otro adquiere sobre las cosas,

pero no son limitaciones obligatorias del ejercicio del derecho para quien es titular exclusivo. Los derechos de usufructo, uso, habitación, y los derechos reales de hipoteca, censo, prenda etc., tienen origen en un acto de voluntad individual libre y soberano. Únicamente las servidumbres se imponen contra la voluntad del titular, pero ellas vienen siendo limitaciones únicamente en cuanto otra persona adquiere el derecho correspondiente sobre la cosa. Pero mientras el propietario conserva el derecho completo, puede ejercitarlo soberanamente dentro de los límites fronterizos que la ley y el derecho ajeno le establecen.

A la interpretación cerrada de las disposiciones de los Códigos contribuyó, claro está, el reinado de la escuela de la Exégesis. Su absurdo criterio que encerraba al derecho en la ley y el contenido de la ley en la supuesta intención del legislador, hizo que naturalmente se llevara a su mayor consecuencia el criterio individualista del Código. Pero una vez que la reacción iniciada por Geny logró llevar a la conciencia jurídica las nuevas normas postuladas por la llamada escuela Científica, se empezó a comprender la imposibilidad social y el error jurídico de un derecho de propiedad absoluto y soberano.

29.—Por una parte el concepto de utilidad pública, ahogado en medio del feroz individualismo de la Revolución, penetra en el terreno de los derechos subjetivos y especialmente en el derecho de propiedad. Se coloca al lado de la vieja idea de la propiedad inviolable y sagrada, la de utilidad pública que necesariamente limita sus prerrogativas y aún desnaturaliza su esencia tradicional.

No es que esta idea de la utilidad pública hubiera sido ajena antes al derecho Privado. El Derecho Romano nos trae ya ejemplos de ella, pero como simples excepciones. Pero hoy día, por el contrario, los términos han sido invertidos, y la excepción consiste en su ausencia, y en materia de propiedad puede decirse que constituye una de sus características fundamentales.

Estas transformaciones no constituyen un triunfo del comunismo ni del socialismo como escuela política, sino son sencillamente una consecuencia de la evolución natural de la conciencia pública. No se pretende suprimir su carácter de derecho subjetivo, sino darle una significación a la vez individual y social.

No se desconoce que el derecho de dominio esté consagrado a la satisfacción de las necesidades individuales y que debe responder a los intereses del propietario; pero al lado de esas necesidades y de ese interés, la ciencia moderna ha colocado como característica también

esencial, el interés y las necesidades de la colectividad, el bien público. Se vivifica su espíritu, se renueva su contenido, para hacerle prestar también el fin social a que está naturalmente destinada. La utilidad pública no destruye la propiedad, sino por el contrario la enriquece y la defiende.

Al lado del derecho subjetivo del propietario se coloca, pues, un deber jurídico de carácter social. Se dice: como nobleza, propiedad obliga; toda potestad, toda riqueza, al mismo tiempo que otorga facultades impone deberes. De diversas maneras penetra ese concepto en el derecho de dominio, y especialmente ampliando la aplicación de la expropiación y autorizando las reglamentaciones de las condiciones de ejercicio del derecho, para el efecto de hacerle cumplir un fin de utilidad general. Es decir, abriéndole las puertas al derecho público para intervenir en la reglamentación del derecho de propiedad. Y no solamente por medio de leyes, sino también, y en forma cada día más creciente, por reglamentos administrativos, de policía sanitaria, de urbanismo, de seguridad, etc.

Pero debe observarse que la utilidad pública se manifiesta no solamente restringiéndole las facultades al propietario, arrebatándole el carácter de absoluto al derecho, sino también generando derechos nuevos o aumentándoles sus privilegios. Lo primero se realiza en virtud de los principios de que la propiedad debe permitir la defensa física, intelectual y económica del estado, y que el bien público exige una fórmula de propiedad que sea realmente humana. Lo segundo sucede en los casos de empresas de interés público para las cuales hay determinados regímenes de privilegio; en ellas se le da a la propiedad un cierto apoyo administrativo.

La filosofía positivista reacciona también contra el concepto de propiedad como derecho subjetivo, absoluto y exclusivo. Para ella la propiedad es no un derecho sino una institución jurídica que responde a una necesidad económica y que por tanto varía y se modifica.

Así, dice Augusto Comte: "En todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente un funcionario público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal, debe ciertamente extenderse hasta la propiedad, en la que el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social destinada a formar y a administrar los capitales con los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente. Sabiamente concebida, esta apreciación normal

ennoblece su posesión sin restringir su justa libertad y haciéndola más respetable".

León Duguit, que como sabemos construye toda su filosofía jurídica sobre el fundamento de que no existen derechos subjetivos sino deberes sociales, acoge la fórmula de Comte. Para él, el propietario tiene una obligación social que solamente a él le corresponde por razón precisamente de su propiedad; la de fomentar y administrar la riqueza social, de la que es el único tenedor, y en consecuencia no debe ser protegido por el Estado en su ejercicio, sino mientras cumpla con esa finalidad. La propiedad no es para él, el derecho subjetivo, sino la "función social del tenedor de la riqueza". No puede por tanto el propietario usar de la cosa en perjuicio de la colectividad y si bien puede emplearla en la satisfacción de sus necesidades personales, no debe olvidar nunca las necesidades comunes del grupo social.

30.—El derecho moderno, como antes se dijo, si bien admite el fin social de la propiedad y la subordina a la utilidad pública, no le desconoce su carácter de derecho subjetivo. Y en esta empresa de renovación concuerdan los juristas y los filósofos cristianos. También dentro de la teoría Kelseniana se llega a la misma conclusión. Porque como ella proclama la existencia del deber jurídico emanado de toda norma e inseparable del derecho subjetivo, no puede admitir un derecho de propiedad discrecional y absoluto, ajeno a las exigencias de la sociedad, sino por el contrario unido a un imperativo deber jurídico que lleva a su titular a no usar de ella en perjuicio de la colectividad.

Esta evolución del concepto filosófico-político de la propiedad, trajo consigo naturalmente una pareja evolución dentro del terreno jurídico. La jurisprudencia y la doctrina inspiradas en los nuevos principios han realizado también una labor fundamental, cuya trascendencia ha llegado hasta nuestra legislación.

Se busca la manera de crear limitaciones a los poderes del propietario y se las establece con base en el concepto de sociabilidad que cada propietario está obligado a guardar en ejercicio de su derecho. Se reconoce la finalidad social del derecho de dominio y se exige que el interés personal del titular se debe buscar no con un criterio egoísta sino social. Entonces se hace necesario, para saber si su ejercicio es lícito, no solamente conocer si está dentro de los atributos propios del dominio, sino saber si analizados los móviles determinantes y las consecuencias del acto, se está o no abusando del derecho o violando las obligaciones que la sociabilidad impone para con los demás.

De esta manera se imponen al propietario dos clases distintas de limitaciones: una que forman lo que se ha llamado "obligaciones" y otra constituida por la noción general del abuso de los derechos.

Los primeros son limitaciones de orden negativo, que imponen simplemente el deber de no causar un perjuicio o una incomodidad al vecino que exceda del límite normal propio del ejercicio correcto del dominio; de comprometer su salud, su seguridad, su tranquilidad o su patrimonio. Pero estas restricciones nada tienen que ver con las originadas en la noción del abuso de los derechos. Aquí el propietario perjudica a su vecino sin intención de hacerlo y sin que sus actos se salgan del fin o contradigan la destinación económica y social de su derecho.

El se limita a buscar su beneficio y ejercita su derecho normalmente, sólo que no procura causar el menor perjuicio a su vecino y que aun cuando el acto no sea abusivo sí hubiera podido ejecutarlo en forma de evitar ese perjuicio o de hacerlo menor. Es una responsabilidad de orden objetivo que se explica por exceso de daño causado y por la consideración de que quien debe sufrirlo es quien se beneficia de él y lo crea, y no el tercero ajeno por completo a sus causas. No es necesario para obligar la responsabilidad, entrar en una investigación de la moralidad del acto o de sus móviles determinantes.

Tanto la jurisprudencia francesa como la belga, han construido una doctrina completa sobre la responsabilidad por los daños causados a los vecinos en el ejercicio normal del derecho de propiedad.

A la misma conclusión se puede llegar dentro de nuestra legislación, ya que el código francés y el nuestro son, como se vio, semejantes en esta materia. Pero nosotros tenemos además el instrumento creado con la reforma del año 36 a la Constitución, ya que se suprimió completamente el carácter absoluto del derecho de propiedad y se le asignó una función social propia de la esencia misma del derecho. Luego esas obligaciones de sociabilidad para con el vecino se desprenden lógicamente del concepto constitucional de la propiedad. Más adelante examinaremos el alcance general de la reforma.

31.—Por otra parte, la ruina del individualismo trae consigo la negación de la existencia de los derechos subjetivos absolutos. Se proclama que todo derecho es relativo, que es otorgado por el legislador usado con fines serios y morales y que posee una destinación económica y social propia, y que, por consiguiente, para que el uso que de ellos se haga sea lícito, no debe estar inspirado por móviles torcidos

ni en contradicción con dicha destinación. De lo contrario se comete un abuso del derecho.

Esta teoría del abuso de los derechos ha sido presentada bajo tres fórmulas distintas. Para la teoría intencional o subjetiva de Ripert, lo que debe tenerse en cuenta es la intención del agente al ejecutar el acto, y si aparece que ella ha sido únicamente la de perjudicar a un tercero, ha habido abuso del derecho. La teoría funcional u objetiva, cuyo principal defensor es Josserand, sostiene por el contrario, que no es la intención del titular sino la destinación económica y social del derecho lo que sirve para conocer si ha existido abuso en su ejercicio; de manera que se abusa del derecho cuando se ejerce en contradicción con su destinación económica y social. Es la forma del código soviético; al paso que la primera ha sido consagrada en el código alemán. Los hermanos Mazeaud han traído últimamente una tercera teoría, más completa que las anteriores y que se sintetiza en esto: existe abuso del derecho siempre que se comete una falta en su ejercicio.

La teoría de la culpa de los hermanos Mazeaud encierra tanto los casos de abuso del derecho para la teoría intencional de Ripert, como los que tienen ese carácter dentro de la concepción funcional de Josserand. En efecto, existe una culpa clara y grave en el caso de ejercitarse un derecho con la torcida y exclusiva intención de dañar a un tercero, y existe también cuando se usa en contra de su destinación propia ya que con ello se viola una obligación inherente al mismo derecho.

Múltiples son los casos de aplicación de esta teoría. Su campo es ilimitado y puede decirse que no hay un derecho que no sea susceptible de abuso. Pero en el caso presente de la propiedad, sus consecuencias han sido inmensas y numerosos los fallos en que la jurisprudencia francesa y colombiana le han dado franca acogida.

Claro está, dentro del concepto constitucional de la propiedad funcional social, el abuso del derecho se hace indispensable. Siempre que se ponga en contradicción con esa función social será abusivo su ejercicio. Este derecho dejó de ser absoluto y en consecuencia no es lícito usar de él sino de acuerdo con su destinación económica y social; o más ampliamente, todo uso que no corresponda a esa función social que implica obligaciones, será culpable o abusivo.

Todas las legislaciones del mundo, quizás sin excepción, han consagrado esta teoría, ya sea jurisprudencialmente, como en Francia, España e Hispanoamérica, ya por disposición legal, como en Alemania, Suiza, Rusia, Polonia y China. Entre nosotros la ley 200 de 1936 hace

la primera consagración formal que a mi entender obliga al juez en todo caso de conflicto sobre bienes inmuebles aun cuando escape de la aplicación especial de la ley, y en el proyecto de reformas civiles que cursa actualmente en el congreso, se la establece definitivamente como norma general de derecho. Nuestra jurisprudencia hizo su primera aplicación en sentencia de 19 de agosto de 1935.

Pero no todas las facultades del propietario son susceptibles de abuso o mejor dicho deben ejercitarse en forma relativa. Hay algunas de ellas que lo excluyen, como el derecho a abrir ventanas o miradores que den vista al predio vecino, guardando la distancia exigida por la ley; el derecho a establecer caminos, que unan las diversas partes de su predio; el derecho a escoger la clase de árboles para sembrar en él, siempre que no exista un reglamento especial al respecto. En general puede decirse que cuando del ejercicio de la facultad no se deduce perjuicio alguno para terceros ni para la colectividad, y ésta no tiene interés alguno en ella, el propietario permanece dueño absoluto de ejercitarla como a bien tenga. Pero si la facultad está dotada de una finalidad propia, si recae sobre una materia de interés público o en la cual se aplique la función social del dominio, hay lugar a aplicarle la noción del abuso.

La jurisprudencia Francesa ha adoptado como criterio para el abuso del derecho de propiedad, el del "interés serio y legítimo"; reconoce que en primer término está destinada a satisfacer las necesidades e intereses del titular, pero que debe hacerse conforme a la moral social y de manera legítima. Entre nosotros y a partir de la reforma constitucional del 36 debe analizarse el abuso con un criterio funcional, que no excluye sin embargo el de la jurisprudencia francesa; pero en Colombia se debe entender que no hay interés "legítimo" siempre que el uso esté en contradicción con la función social de la propiedad. La apreciación se hará, claro está, en cada caso por el juez teniendo en cuenta las condiciones sociales y económicas de la nación en ese momento y la finalidad que de acuerdo con ella debe cumplir el derecho examinado.

32.—En varias ocasiones se ha hecho alusión a la evolución legislativa en Colombia sobre propiedad. Veámosla ahora con mayor detenimiento.

La primera renovación del concepto de propiedad entre nosotros la trajo la Constitución de 1886. En efecto, el art. 31 de la Carta, luego de establecer el principio de la no retroactividad de la ley en ma-

teria civil, agrega en su segundo inciso: "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público".

Es la penetración del concepto de utilidad pública en los derechos subjetivos y por tanto en materia de dominio; la consagración de las ideas que a ese respecto se impusieron en el derecho moderno y cuyo proceso se dejó examinado. Siempre que una ley legisle sobre una materia de interés público, prevalecen sus disposiciones sobre el interés privado que se le oponga. Por consiguiente los derechos civiles están sometidos al interés general, lo que equivale a decir que no son absolutos, que no están al servicio del egoísmo particular y que con ellos no se puede ir contra el interés general. O sea, que en su ejercicio tienen una función social que cumplir por lo menos cuando la ley así lo disponga, y que aún en el caso de haber sido adquiridos con anterioridad, la disposición de interés público, o de orden público como se acostumbra a decir, debe prevalecer.

33.—Ya antes de la Constitución de 1886, se había presentado al Congreso Nacional un proyecto de ley por el cual se acogían en términos generales las ideas substanciales de la ley 200 de 1936, proyecto verdaderamente novedoso entonces y que de haber sido aceptado, habría hecho que nuestra legislación se hubiera puesto a la cabeza del progreso legislativo del mundo en materia de propiedad. Me refiero al proyecto llevado ante la Cámara por don Aníbal Galindo, en el año de 1878.

Que la ley reconoce la apropiación particular con el objeto de que la tierra sea mejorada, es decir, dándole una función económica; que la propiedad depende en su existencia y conservación del cumplimiento de esa condición; que una buena ley agraria debe fijar un término de reversión del dominio de la tierra a la comunidad, porque sólo la ignorancia puede hacer mantener un derecho de propiedad que tenga por único objeto excluir de ella al resto de la sociedad: tales son las ideas substanciales del proyecto.

Desgraciadamente, sin embargo, el proyecto de don Aníbal Galindo, no obtuvo la aprobación del Congreso, y la reglamentación existente en el Código sobre dominio y sobre posesión se conservó hasta el año de 1936.

Y debe observarse aquí que, dadas nuestras peculiares condiciones, el problema de la tierra reviste en Colombia proporciones no imaginadas por el legislador Francés. Los baldíos y los latifundios incultos

son aspectos propios de nuestra economía criolla. Teníamos en ese año de 1936 el siguiente panorama: enormes extensiones de tierra de propiedad particular, completamente abandonadas e incultas y en presencia de ellas campesinos que deseaban incorporarlas a la economía nacional, pero que se encontraban imposibilitados a causa del dominio particular que las cobijaba. Las disposiciones sobre posesión, basadas en el absurdo sistema de la posesión inscrita y en la prueba de la material por cualquier medio que sirviera para expresar el "animus domini" del propietario, permitían a éste abstenerse de darle cualquier destinación económica al inmueble.

De ahí que entre nosotros fuera imperiosa la necesidad de extinguir el concepto individualista del dominio. A eso responde la modificación constitucional y la ley 200 de 1936.

34.—Ya hemos hablado varias veces de la primera. Se reconoce el carácter de derecho subjetivo de la propiedad, pero se la considera como "una función social que implica obligaciones". Todo el sistema del Código, romanista e individualista, se derrumba por completo. La definición del art. 669 del C. C. queda derogada. La propiedad pasa a ser un derecho relativo que por su esencia propia es una función social. Todas las creaciones del derecho moderno en esta materia, que se dejaron expuestas, reciben una plena consagración en nuestro sistema positivo.

Se ha criticado sin embargo al Constituyente de 1936, diciendo que es error hablar de la propiedad función social y que debe decirse que la "propiedad tiene una función social". En mi concepto la objeción es nacida de un error de interpretación.

Porque si se le quiere dar a la noción de "propiedad función social" el alcance y sentido que le asigna la filosofía positivista o la doctrina de Duguit, es claro que se estaría creando una contradicción dentro del texto mismo constitucional, ya que en él se reconoce la existencia del derecho subjetivo de dominio, mientras que aquéllos parten de la base de su no existencia. Para Compté como para Duguit, la propiedad función social es todo lo contrario a la propiedad derecho subjetivo.

Pero no es posible analizar bajo este punto de vista el texto constitucional. Si las palabras contenidas en una ley dictada para un país determinado, cambian de contenido y de extensión cuando se las aplica en otra legislación distinta, y si es un error pretender darles la misma interpretación sin relacionarlas con el sistema legislativo general del nuevo país, no cabe en mientes que se pretenda entender un término

introducido en la Constitución de un país, por el significado que a la misma frase le haya dado una escuela o un autor extranjero ajeno por completo al ordenamiento jurídico nacional. Nada importa cuál sea para esos autores el sentido de la propiedad función social. Lo que interesa es saber cuál fue el sentido que el constituyente colombiano le quiso asignar, de acuerdo naturalmente con la organización legal general de la nación.

Pero, se observa entonces, se hubiera podido decir que la propiedad tiene una función social y el texto habría tenido el mismo significado. En mi concepto, tampoco esto es cierto. El texto constitucional le da una mayor trascendencia al carácter de función social de la propiedad, porque lo incluye dentro de la esencia misma del derecho. La fórmula propuesta puede caber dentro del concepto clásico de derecho subjetivo para interés del titular, modificado en cuanto que se exige que ese interés se persiga de acuerdo con el fin social de la propiedad.

Por el contrario, cuando se dice que la propiedad "es" una función social, se proclama que la esencia misma del derecho es esa función social y que por tanto su finalidad principal es ésta, antes que el interés personal del propietario. Se le da, repetimos, mayor valor y mayor penetración al concepto.

35.—Consecuencia de este nuevo concepto de propiedad es el art. 6 de la ley 200 de 1936, por el cual se establece la extinción del derecho de dominio del propietario de fincas rurales, cuando deja de explotarlas económicamente durante diez años. Se quiebra la noción de los poderes absolutos del dueño, por los cuales estaba facultado para no usar de su derecho indefinidamente y que hace que se admita su perpetuidad. "Por su propia naturaleza el derecho de propiedad es perpetuo. Nunca podrá perderse por el hecho del no uso", declaran Planiol y Ripert (T. 13 N° 213). Y naturalmente se le da a la posesión un sentido económico y se acaba con el régimen de la posesión inscrita, como luego veremos.

No es una prescripción extintiva, sino un fenómeno de caducidad del derecho, ya que no existe posesión del Estado sobre el respectivo predio.

Cabe preguntar si la disposición de la ley 200 se aplica a quienes habían llegado a ser propietarios con anterioridad a la vigencia. Es evidente que sí. Y no sólo con base en el actual texto constitucional sobre propiedad, sino en la Constitución de 1886. Recuérdese que a esta

respecto el proyecto fue presentado en la administración del Dr. Olaya Herrera, imperando aún esta Constitución.

En efecto, por una parte, como se trata de hechos posteriores a la ley y evitables por propietarios, o sea, la no explotación durante diez años a partir de su vigencia, no se trata de darle efectos retroactivos. Cosa distinta sería si se hubiese consignado que los predios no explotados desde hacía diez años perderían desde la vigencia de la ley su calidad de propiedad particular.

Por otra parte, la constitución de 1886 establecía que el interés público primaba sobre el particular cuando se trataba de aplicar una ley que tuviese aquel carácter y, evidentemente, una disposición que tiene por objeto redimir la economía nacional es de evidente interés público. Además, la ley 153 de 1887 establecía en su art. 28, que los derechos reales en su ejercicio y extinción se regulan por la nueva ley, y el art. 29 dice que la posesión no se retiene sino con los requisitos consignados en la nueva ley. Y en la 200 precisamente se está estableciendo un nuevo modo de extinción del dominio y nuevos requisitos para su ejercicio, al mismo tiempo que condiciones para la conservación de la posesión; nociones todas que encajan dentro de los preceptos consignados en los mencionados arts. de la ley 153.

También la ley 200, dentro de estas mismas nociones, estableció un sistema probatorio del dominio por el cual se da una defensa eficaz a quien ejercita una posesión económica, presumiendo de propiedad particular su terreno y obligando a quien esté interesado en demostrar que es baldío a allegar la prueba en contrario, la que fuera del caso de tratarse de un terreno de reserva o no adjudicable es prácticamente imposible; mientras que para el terreno no explotable económicamente se deja la antigua presunción de baldíos establecida en el Código Fiscal.

Desgraciadamente la obligación de cultivar o explotar económicamente la tierra quedó en la realidad muy desvirtuada, dadas las numerosas excepciones que contempla la ley. No se justifica, por ejemplo, que la explotación de una parte de la finca sirva para que se considere que existe posesión también sobre una zona de igual extensión; porque si bien ésto puede admitirse cuando se trata de fincas pequeñas, no así cuando se está en presencia de una extensión de tierra considerable. Que de la posesión de 20 hectáreas se deduzca la de otras 20 incultas, puede pasar; pero que la posesión de 200 hectáreas sirva para mantener incultas otras 200, ya es injustificable. Tampoco es lógica la excepción de los fundos menores de trescientas hectáreas y que

sean única propiedad del dueño, porque, por una parte esto se presta a burlar la ley por medio de parcelaciones ficticias, y por otra, precisamente en ese caso es cuando existe mayor obligación de trabajar la tierra. Ni es necesario favorecer a los incapaces con la excepción cuando se trata de predios habidos por herencia o legado, porque para el cumplimiento de sus obligaciones y para la defensa de sus derechos se les da un tutor o curador, y en caso de que la negligencia de éstos les acarree la pérdida del dominio, lo que es poco probable, tienen derecho a ser indemnizados plenamente. Pero de todas maneras la reforma sobre propiedad es una de las más fundamentales, quizás la más fundamental, que ha experimentado el país en materia de legislación civil. Y se puede decir sin temor a exageración, que nuestra legislación sobre propiedad está en primer lugar dentro de las más modernas legislaciones del mundo.

36.—Muchas otras legislaciones también han consignado, en forma más o menos definitiva, la noción de la función social de la propiedad. La doctrina jurídica germana, está, por ejemplo, de acuerdo con ella en el sentido de que si bien es cierto que la propiedad debe satisfacer los intereses del propietario, al mismo tiempo que le plantea como ser social, la exigencia de que utilice los valores percibidos en servicio de la colectividad. (Wilhelm Sauer: *Filosofía Jurídica y Social*). Y en la nueva constitución alemana se declara que “la propiedad obliga”; que “el trabajo y la utilización del suelo es una obligación del propietario, con relación a la comunidad”.

La Constitución Yugoslava es otro ejemplo. Dice en su art. 37: “La propiedad privada se garantiza. También implica obligaciones. No puede hacerse uso de ella en perjuicio de la comunidad; la ley determina su contenido, naturaleza, extensión y límites”.

37.—Cuáles son entonces las características de la propiedad de acuerdo con el derecho moderno, y especialmente con nuestra legislación actual? La propiedad continúa siendo naturalmente derecho real y exclusivo. Un derecho que se ejerce directamente sobre la cosa y con prescindencia de las demás personas; que rechaza la posibilidad de una coexistencia de propiedades de distintas personas sobre la misma cosa.

Pero el derecho clásico le asignaba a la propiedad otras dos características esenciales: un derecho absoluto y un derecho perpetuo. Continúan existiendo? En mi concepto, nó. En cuanto a la primera, es muy claro que con la noción de propiedad función social que implica obliga-

ciones y sus consecuencias ya examinadas, el derecho de dominio es esencialmente relativo y limitado. Limitado no sólo exteriormente sino interiormente, en su campo de aplicación y en su propio contenido; tanto por la imposibilidad de traspasar sus fronteras, que se han venido estrechando cada día más, como por la obligación de someter su ejercicio dentro de esas fronteras, antes soberano, al mandato imperativo de la utilidad pública y de las necesidades de la colectividad.

Un poco más discutible es el caso de la segunda característica: la perpetuidad. Es natural que dentro de una concepción individualista, en la cual no se comprende que el propietario sufra menoscabo alguno en su derecho por razón del no uso o del abandono que haga de él, el derecho de propiedad sea perpetuo. Pero sabemos que la tendencia moderna es a no garantizar ni mantener su existencia mientras no esté cumpliendo con la destinación social que le es propia. De manera que por lo menos en los países en que, como en Colombia, se ha establecido la extinción del dominio por el no uso económico, la propiedad ha dejado de ser un derecho perpetuo, para pasar a serlo esencialmente condicional.

Su definición podría ser ésta:

“Dominio o propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa conforme a la función social del mismo derecho, y dentro de los límites impuestos por las leyes, y reglamentos, y por los derechos ajenos”.

— f —

CAPITULO VII

LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE POSESION

38.—Semejante a la evolución sufrida por el concepto de propiedad y que dejo expuesta, es la que se ha producido en materia de posesión.

En Derecho Romano la posesión era el hecho de tener una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y de disponer de ella como lo haría un propietario.—(Petit: Derecho Romano).—En un principio sólo se admitía la posesión de las cosas materiales, de modo inmediato, por medio de una relación directa con ella, o *possessio rei*.— Pero más tarde se admitió también una posesión que consistía en ejercer sobre una cosa un simple derecho de servidumbre, *possessio juris* o *quasi possessio*.— (Vermonf: Teoría General de la posesión en Derecho Romano).

Savigny desarrolló magistralmente la teoría romana presentándola como la reunión de dos elementos esenciales: el *Corpus* y el *Animus*.— El primero consiste simplemente en tener la cosa a la *disposición* del poseedor; el segundo en *considerarse* dueño y señor de ella.— Cualquier acto material que sirva para expresar la circunstancia de tener la cosa “a su disposición” o su simple detentación, ejecutado con la intención de actuar por propia cuenta, basta para probar la posesión.—El *Animus* es, por tanto, un “*animus domini*” o “*animus rem sibi habendi*”.—Este es el elemento esencial, lo que caracteriza la posesión. De ahí que se la llame *teoría subjetiva*.

La posesión es un poder físico sobre una cosa, un hecho o apropiación de hecho, a diferencia de la propiedad que es una apropiación de derecho.—Lo único jurídico que existe en ella son los medios empleados por la Ley para protegerla o para destruirla, ya que en unos casos la defiende y en otros la condena en nombre de la reivindicación.

39.—El Código de Napoleón consagró en su totalidad la teoría

romana sobre la posesión.—Se mantiene la distinción entre posesión de las cosas y posesión de los derechos, y en ese sentido debe entenderse la definición del artículo 2228, según el cual, la posesión es “la detentación o el disfrute de una cosa”.—Es decir, detentación de la cosa y disfrute del derecho sobre ella.—(Planiol y Ripert, T. 3 N°).—Igualmente se conserva la distinción entre posesión y simple tenencia precaria o a nombre de otro.

Poco importa, por tanto, averiguar si el poseedor tiene o no derecho sobre la cosa; basta con la presencia del hecho posesión y tanto quien tiene derecho como quien no lo tiene están en idéntica situación como poseedores.

Pero dentro de la concepción del Código Francés el animus no es el “animus rem sibi habendi” en sentido estricto, ya que es posible poseer derechos distintos del dominio.

Por otra parte, para el legislador francés la razón de ser de la protección de la posesión es el interés de la propiedad; detrás del hecho es al derecho al que se protege.—(Josserand: T. II N°).—No se le reconoce un valor por sí misma, sino gracias al derecho de propiedad o de servidumbre que hace suponer (Aubry et Reau: T. II N° 117).—Es la *teoría relativa* sobre el valor de la posesión.

Nuestro Código Civil consagró también la noción romanista de la posesión.—Existe posesión siempre que la cosa esté a la disposición del poseedor y que éste tenga la voluntad de obrar por propia cuenta y no a nombre de un tercero.—No se le da a la posesión ninguna significación económica, ni se le asigna un fin de utilización o explotación de la cosa, lo que aparece más claro cuando se trata de fincas rurales.—El poseedor no tiene obligación positiva ninguna, sino le basta con exteriorizar su ánimo de reconocerse dueño, de cualquier manera.—Así, los artículos 762 y 981 admiten como prueba de la posesión los simples cerramientos, lo que equivale a autorizar al poseedor para que mantenga la tierra en estado de inexploración y abandono.

Pero don Andrés Bello agravó las consecuencias de la noción, al introducir el sistema absurdo de la posesión inscrita.—Todos sabemos que el registro es un medio de prueba del dominio y de la publicidad de sus gravámenes y limitaciones, pero en ningún país del mundo y para ningún autor tiene nada que ver con la posesión, precisamente porque la considera un simple hecho o apropiación de hecho.—Gracias a esta innovación desafortunada, una persona puede ser poseedora no solamente colocando la tierra a su disposición con la construcción de una

casa y de unos cerramientos, sino sencillamente por medio de la inscripción del título de propiedad en la Oficina de Registro.

Se llega dentro de esta concepción romanista, y especialmente dentro de la manera nuestra, a las mismas consecuencias que con la noción clásica e individualista del dominio.—El poseedor como el propietario, puede conservar su calidad de tal sin necesidad de prestarle servicio alguno a la colectividad sino, por el contrario, contra sus elementales necesidades.—Y claro está, si el sistema es criticable para el dominio que es un derecho, con mayor razón lo es tratándose de un hecho o apropiación de hecho que por su propia naturaleza exige una relación material con la cosa objeto de la posesión.

Claro está, en Francia, como en la mayoría de los países europeos, en donde no existe el problema agrario, los inconvenientes del sistema no son mayores; razón por la cual han sido muy escasos los progresos realizados por la Jurisprudencia y la Legislación, y la doctrina se contenta con reclamar la necesidad de darle a los tenedores regulares, que son poseedores precarios, la protección posesoria contra todos, excepto el dueño.—(Colin y Capitant: T. I Nos. 878 y 879—Planiol y Ripert: N° 147).

Pero en Colombia y en los países donde a un origen de la propiedad privada en concesiones del Estado gratuitas u onerosas, pero ajenas al hecho de la explotación económica, se añade una reducidísima parcelación a causa de la poca densidad de la población, el problema adquiere proporciones alarmantes, no sólo económicas sino sociales.—Tierras de conquista para el trabajo y sobre las cuales se extiende el brazo productivo del campesino, quedan arrebatadas a la economía nacional por causa de un título de dominio en cabeza de una persona que quizás no conoce siquiera su ubicación y calidad.—A lo que se añade una carestía de víveres que no responde de ninguna manera a la potencialidad agrícola del país.

40.—Naturalmente, en los países en donde se adelanta una reacción contra el concepto individualista de la propiedad, para darle una función social y exigirle que preste un servicio efectivo a la colectividad, era necesaria la revaluación consiguiente del concepto de posesión. Si se pretende no garantizar la propiedad sobre la tierra cuando no se fundamente en su efectiva utilización, con mayor razón no era posible reconocer una posesión que no consistiera en hechos de explotación económica.

La primera crítica sustancial contra el sistema romanista la hizo

el gran jurista alemán Von Ihering en sus dos estudios titulados: "De la Voluntad en la Posesión" y "Fundamento de los intereses posesorios", con las cuales también rectifica la interpretación que a los textos romanos hizo Savigny.

Ihering ve también, en la posesión la exteriorización de la propiedad y por eso está dentro de la teoría relativa.—Pero para él la posesión consiste en el uso *de hecho* de la cosa como propietario, en ejercitar sobre ella el usus, el fructus y el abusus y por consiguiente le asigna una función económica, de utilización efectiva de la tierra tratándose de esta clase de posesión.—No basta la voluntad de poseer.

El elemento subjetivo de la posesión, el *animus domini*, es suprimido por Ihering.—Para él siempre que existe una relación de hecho hay posesión, salvo que medie un elemento negativo que le quite esa calidad a la relación y que no puede ser sino una disposición legal o el hecho de tenerla a nombre de un tercero.—El usufructuario, el usuario, el arrendatario, son poseedores puesto que usan de la cosa como dueños, para su propio interés y beneficio y no para otro.—No se suprime el elemento voluntad, que es indispensable para que exista posesión, pero se le supone en toda relación de hecho.

No pretendo entrar ahora a un examen cuidadoso de la teoría de Ihering.—Basta poner de manifiesto la circunstancia indicada: que en ella la posesión adquiere una significación económica ya que se identifica con la utilización real de la tierra, puesto que es "el estado normal externo de la cosa bajo el cual cumple el *destino económico* de servir a los hombres".—Para él, los intereses prácticos de la vida social son los que deciden a qué relación del hombre con la cosa debe el legislador conceder la protección y ese interés se opone a que se limite la noción de la posesión a la simple tenencia física, sin valor económico alguno.—Y también la propiedad adquiere como es natural dentro de su teoría una significación económica, puesto que según él "el propietario no tiene que temer que el derecho le abandone mientras use de la cosa de una manera conforme a su destinación". (Capítulo Once, Tesis 7° y 11).

Y en el capítulo doce sintetiza su opinión de la siguiente manera:—En los inmuebles se reconoce al propietario del campo en aquél que siembra, coge los frutos, etc., y para la adquisición de la posesión debe exigirse la ejecución no interrumpida de esos actos.—Mis vecinos ven que yo siembro, recolecto, trabajo, y por eso me reconocen como propietario: he ahí la exterioridad de la propiedad.

41.—El Código Civil Alemán aceptó el concepto de Ihering en cuanto considera la posesión como un hecho económico, y reconoce también como poseedor a todo el que ejerce un poder de hecho sobre la cosa, aunque reconozca dominio ajeno, como el usufructuario y arrendatario.—Sin embargo no consagró totalmente su teoría.

Para el Código Alemán es poseedor tanto el que posee la cosa a nombre de otro como éste mismo, el uno por posesión inmediata y el otro por posesión mediata (Art. 868).—Y aun puede suceder que existan más de dos poseedores de la misma cosa, cuando el mediato a su vez posee a nombre de un tercero (Art. 871).

Admite también la noción de simple detentación subordinada pero en un sentido estricto, cuando se limita a ejercitar un acto de administración o representación por otro (Art. 855).

Pero la nota más importante para nuestro estudio consiste en que le da a la posesión un valor propio, en que la garantiza y la defiende no en nombre de la propiedad (Ihering, Código Francés y nuestro), ni por considerar que la perturbación posesoria sea un delito contra el poseedor (Savigny), o que sea una perturbación contra el orden jurídico (Rudorff), sino por sí misma.—Le da pues un valor propio, lo que acaba de orientarla hacia una concepción económica, especialmente si se tienen en cuenta los textos constitucionales sobre propiedad que se dejaron comentados atrás.—Su doctrina es objetiva y absoluta.

Idéntica concepción es la del Código Suizo, que se basa en el alemán, pero con el cual lo separan dos diferencias: en primer término reconoce la posesión de los derechos, y por otra parte resuelve suprimir totalmente la idea de simple detención, de modo que en todo caso de relación de hecho se tiene el carácter de poseedor, sin ninguna excepción.

El derecho moderno, como se ve, tiende a corregir el sistema clásico en dos cuestiones fundamentales: asignándole a la posesión un valor en sí misma y dándole un contenido económico esencial.—Y también procura aumentar la protección del poseedor vencido en juicio de reivindicación.

42.—Naturalmente nuestra legislación no podía mantener el absurdo sistema vigente con posterioridad a la reforma constitucional sobre propiedad, ni era posible llevar a cabo una simple reforma legal sobre esa materia sin modificar a la vez por completo nuestra concepción legal sobre la posesión.—De ahí que en la Ley 200 de 1936, antes en el proyecto presentado en 1932 y más antes aún en el viejo proyec-

to de don Aníbal Galindo, se le atribuya de una manera clara y precisa una significación rigurosamente económica.— Por posesión de acuerdo con esta ley se entiende “la explotación económica del suelo por actos propios de dueño” y de ahí la extinción del dominio por la no explotación durante diez años continuos.—El sistema de la posesión inscrita para las fincas rurales queda abolido.

No es que se haya caído en la concepción objetiva de Ihering y que se haya suprimido el “animus” o se le suponga siempre que existe una explotación económica.—Únicamente en frente del Estado cualquiera explotación de esta clase hace presumir dominio particular, pero con prescindencia de un determinado titular del derecho.—Pero todavía es posible la posesión a nombre de un tercero y el arrendatario, el usufructuario no tienen el carácter de poseedores.

Es decir:—para que exista posesión se necesita que se esté cumpliendo una explotación económica del suelo; pero quien ejecuta materialmente tales actos no es siempre el poseedor.—El animus domini continúa siendo el elemento fundamental de la posesión, de manera que si se ejecutan actos de explotación económica pero se reconoce dominio ajeno, no se es poseedor.

Pero no estamos tampoco dentro de la teoría romana pura, porque en ella si bien se hace la misma distinción, a quien tiene la voluntad de obrar en propio nombre le basta con tener la cosa a su disposición u obrar de hecho en cualquier forma sobre ella, como cercando la tierra, para ser poseedor; mientras que de acuerdo con la ley 200 a ese animus se debe acompañar necesariamente actos de explotación económica.—No basta con que tenga la voluntad de obrar como dueño y que excluya a terceros de la cosa y la ponga a su disposición; es indispensable además que esa voluntad de dominio se exteriorice por medio de la utilización efectiva de la tierra.

43.—Estamos por tanto dentro de una concepción romana modificada en cuanto al elemento “corpus” o sea con un *corpus especial y determinado*.

Podría pensarse que más bien es el elemento animus el que ha sufrido modificación.—Pero si se tiene en cuenta que el arrendatario ejecuta actos de explotación económica y no es poseedor, y que por el contrario el propietario puede tener un animus rem sibi habendi y sin embargo no es poseedor si no explota económicamente la tierra, por sí o por tercera persona, se ve que este elemento permanece idéntico.

Nos acercamos a la teoría alemana en cuanto que la posesión tie-

ne un sentido económico y un valor propio y aún superior al dominio, ya que la pérdida de aquélla acarrea la de éste.—Pero nos diferenciamos en que se conserva el elemento animus para distinguirla de la tenencia y por tanto no se le da el carácter de posesión a toda relación de hecho.—Es decir, por el aspecto social y económico estamos más cerca del concepto alemán; pero jurídicamente continuamos dentro de la doctrina romana.

En materia de baldíos la semejanza con la teoría alemana es mayor.—En efecto, en el artículo 12 de la Ley 200 se habla de posesión sobre terrenos que se creen baldíos, es decir, de propiedad del estado y reconociendo el dominio de éste, y por tanto el animus domini se reduce no a no reconocer dominio ajeno sino a no reconocerlo distinto del perteneciente al Estado.—Pero este es un caso particular y que se contempla únicamente en esa hipótesis, porque la regla general en materia de baldíos es la de que no existe posesión sino ocupación con cultivos y quien los establezca no es poseedor sino dueño verdadero de la tierra.—La diferencia es lógica, porque en el primer caso se trata de prescribir contra particulares y para ello basta con que la posesión se fundamente en el desconocimiento de su carácter de propietario y también el hecho de considerar al terreno baldío no le quita su carácter real de propiedad particular.

Nuestra legislación, como se ve, responde también en materia de posesión a las más modernas concepciones del derecho, ya que sin caer en el sistema de los Códigos Alemán y Suizo muy inconveniente en la práctica, se obtienen los dos resultados fundamentales ya indicados: hacer de la posesión un hecho económico por esencia y darle un valor y una protección por sí misma, que entre nosotros llega hasta considerarla como la razón de ser y la justificación misma de la propiedad.—Además se aumenta la protección al poseedor tanto por medio de un procedimiento más fácil y rápido en los juicios, como por una más justa apreciación de las mejoras que haya introducido en el predio y por la garantía efectiva de su pago.

CAPITULO VIII

ACENTUACION DEL CARACTER ADMINISTRATIVO DE CIERTAS MATERIAS

44.—Como al redactarse el Código de Napoleón no se conocía el Derecho Administrativo como una rama independiente y propia del derecho, cosa natural fue que se incorporaran en él materias que propiamente no correspondían al derecho civil y ni siquiera al derecho privado.

Además el carácter individualista de la filosofía jurídica entonces predominante, hacía que la intervención del Estado se considerara como excepción para casos de absoluta necesidad y por consiguiente el derecho privado era el que revestía mayor importancia y consideración dentro del ordenamiento jurídico general.

El carácter absoluto de los derechos subjetivos, la autonomía de la voluntad individual y el principio del Estado Gendarme, hacían que se considerara como materia propia y exclusiva del derecho privado, es decir, del reino de las libertades individuales, todo aquello que no correspondía directamente a la organización política del Estado.—Y por otra parte, no se concebía que se introdujeran limitaciones al ejercicio de los derechos de dominio y sus accesorios, por medio de reglamentaciones administrativas.

El derecho moderno se ha orientado en un sentido contrario.—Se reivindica el carácter administrativo de ciertas materias consideradas como civiles únicamente por estar incorporadas en el Código Civil, y a otras sin darles completamente este carácter se les somete a una reglamentación administrativa parcial con el objeto de procurar la defensa de los intereses generales radicados en ellas.

45.—En cuanto a lo primero tenemos el caso del dominio público.— Tanto el Código de Napoleón como el nuestro tratan junto con los bienes del dominio privado de los que constituyen el dominio del Estado, enumerándolos y respecto a algunos estableciendo una reglamentación más o menos completa.

El Código Francés no establece una distinción entre el dominio privado del Estado y su dominio público, sino por el contrario los mezcla al referirse a ellos indistintamente en los artículos 538 a 542.

La distinción entre las dos clases de dominio estaba establecida en el derecho romano en forma muy clara.—Se distinguían las *res quae sunt in usu publico* de las que estaban *in pecunia populi o in patrimonio fisci*; las primeras se consideraban como *res publicae* y las segundas como *res fisci o res fiscales*.—También en Francia antes de la Revolución se hacía la misma diferencia, pero los juristas se ocupaban únicamente del dominio Real muy considerable y compuesto por toda clase de bienes y que era el patrimonio particular de la Corona. (Planiol y Ripert T. 3 N° 117).

Sobrevenida la Revolución se produjo el traspaso del dominio de la Corona al dominio de la Nación entonces soberana, como lo consagró solemnemente la ley de 22 de noviembre, 1° de diciembre de 1790, pero sin hacerse una distinción entre el dominio nacional propiamente dicho y las cosas públicas, sino por el contrario asimilando a éstas a dependencias de aquél, pues se le consideraba de mayor importancia dado su carácter fiscal.—Y el Código Civil terminó de realizar la completa confusión de los dos dominios, como quedó dicho.

Claro está, la doctrina y la jurisprudencia no podían mantener esa confusión y por tal motivo se volvió, a pesar de la falta de técnica del Código, a la vieja distinción romana.

El Código de Bello se separó afortunadamente del francés en esta materia y no solamente trata en Títulos separados del dominio particular y del dominio del Estado, sino que hace con relación a éste en forma clara y sencilla la distinción entre bienes nacionales simplemente o bienes fiscales y bienes de uso público o dominio público propiamente dicho, en el artículo 674.—El criterio que sirve para hacer la separación de los dos dominios es exactamente igual al romano. Si el uso de un bien pertenece a todos los habitantes del respectivo territorio, será un bien de uso público; si por el contrario no pertenece generalmente a ellos, será un bien fiscal.

46.—El derecho moderno tiende a ampliar la noción del dominio público.—No se limita a dar ese carácter a aquellos bienes que estén afectados al uso de todos, sino que reclama la necesidad de comprender también dentro de ellos a todos los que estén afectados a un servicio público.—(Hauriou, *Precis de droit administratif*, 10 ed. pag. 635 y siguientes).—De esta manera muchos bienes adscritos a los servicios

administrativos y que se consideran como fiscales, vendrían a tener el carácter de uso público.

Esta tendencia tiene mucha importancia puesto que entre una y otra clase de dominio existen fundamentales diferencias.—Las disposiciones sobre dominio público son en todo caso de derecho público y por consiguiente se trata de una de las formas de penetración de este derecho en el privado, que constituye una de las características más interesantes del derecho moderno.

Naturalmente, como disposiciones de derecho público, las que reglamentan por cualquier aspecto el dominio público son de carácter imperativo y de aplicación inmediata.—Ante ellas no puede alegarse la regla de la no retroactividad de las leyes, entre otras razones por la muy sencilla de que sobre cosas pertenecientes al dominio público los particulares no pueden tener “derechos adquiridos” o sean derechos oponibles a leyes posteriores.

La regla de la no retroactividad de las leyes tiene por objeto la garantía de los derechos civiles y esta clase de derechos sólo pueden existir sobre objetos de dominio privado y en ningún caso sobre el dominio público. Precisamente es una característica esencial de las cosas de uso público el estar fuera del comercio, es decir, de no ser enajenables, ni prescriptibles ni en general formar parte del patrimonio de los particulares o del patrimonio fiscal del Estado.—Son numerosas las sentencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado en donde se reconoce expresamente la imprescriptibilidad e inenajenabilidad de los bienes de uso público, y también ha sido consagrado jurisprudencialmente el principio de que únicamente los derechos de orden civil son oponibles a las leyes posteriores, ya que el artículo 28 de la actual Codificación Constitucional, 31 de la Constitución de 1886, se refiere únicamente a ellos.—(Sentencia de la C. S. de 4 de marzo de 1940.—C. J. 1953 y 54).

La generalización del dominio público trae por consecuencia la limitación de los derechos de los particulares sobre las cosas que ingresan en él.

47.—Naturalmente este régimen especial del dominio público tiene aplicación en todos los casos y cualquiera que sea el bien de uso público de que se trate mientras no pierda su carácter de tal, sea por un fenómeno natural como al producirse la accesión de los lechos de los ríos a las propiedades riberañas o por un acto administrativo que les suprima su destinación, lo que puede suceder en materia de cami-

nos, calles, plazas, parques etc. Sin embargo no siempre la doctrina y la jurisprudencia nacionales han aplicado este principio elemental.

Así, por ejemplo, en materia de aguas de uso público se ha olvidado con frecuencia su carácter de dominio público y se ha llegado a hablar de derechos adquiridos, de enajenación o cesión de los derechos de uso que los particulares tienen sobre ellas en virtud de la ley y aún de prescripción en contra del Estado.—Error fundamental.—Sobre las aguas nacionales como sobre las calles, plazas y demás bienes de uso público, y el artículo 677 les da expresamente ese carácter, se aplican los principios enunciados de inenajenabilidad e imprescriptibilidad y el más importante de que sobre ellas no puede producirse el caso de los llamados “derechos adquiridos”.—Las leyes que modifiquen o supriman los derechos que actualmente tienen los particulares para servirse de ellas, tendrán siempre aplicación inmediata y tales derechos no podrán subsistir sino en cuanto se conformen con las nuevas disposiciones.

No importa que el Código y la Ley 113 de 1928, sobre fuerza hidráulica, hablen de derechos adquiridos.—Sobre la impropiedad de los términos legales debe primar la naturaleza propia de ese bien y el principio consignado en el artículo 4 de la Constitución y en los artículos 674 y 2.519 del Código Civil, según los cuales los bienes de uso público pertenecen “únicamente” al Estado y son imprescriptibles; es decir: están fuera del comercio y no pueden ser objeto de derechos civiles por consiguiente.—(Fernando Vélez, T. 3 N° 54, Chacón T. 2, pág. 256 y sig.).

Es claro que las disposiciones sobre aguas están comprendidas dentro de la noción de orden público económico que constituye un hecho aceptado por el derecho moderno y que se estudiará con ocasión del proceso de las limitaciones a la libertad contractual; pero no es en virtud de ella que se aplican en forma general e inmediata, porque no se está en presencia de un conflicto entre derechos de particulares favorecidos por la regla de la no retroactividad de las leyes y una ley posterior, como se dejó explicado.—Es la circunstancia de que sobre el dominio público no se adquieren derechos civiles y que únicamente éstos son oponibles a las leyes posteriores, lo que le da aquel alcance a la legislación sobre aguas.

El Gobierno Nacional felizmente ha orientado esta materia en un sentido claramente administrativo, y no es posible continuar estudiándola e interpretándola con un criterio de civilista sin caer en confusiones y errores inevitables.—El Decreto-Ley 1381 de 1940 y el 1382 del

mismo año, constituyen una consagración muy justa de este criterio y sin modificar en realidad la legislación anterior le han venido a dar el alcance y el sentido que por su naturaleza le corresponde.

Se hace efectivo el control del Gobierno sobre el uso que los particulares pueden hacer de esas aguas públicas; se imponen nuevos requisitos para el ejercicio libre del derecho por los propietarios ribeños; se da a los alcaldes y jefes de policía la misión de vigilar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia; se establecen nuevas condiciones para el otorgamiento de las mercedes o concesiones y se las somete a efectivas causales de caducidad; se dan amplias facultades al Gobierno para proceder a la reglamentación general de las corrientes, ya que en muchos casos y especialmente cuando a la escasez del agua se agrega el desarrollo de los cultivos que con ellas se benefician, es la única manera eficaz y técnica de resolver los problemas que se presentan, y se deja claramente indicada la finalidad esencial de la legislación de aguas que es la de procurar el beneficio de la mayor extensión de tierra en provecho de la economía nacional mediante el control y administración por el Gobierno de la mayor cantidad de corrientes y depósitos naturales, reduciendo por consiguiente el número de las que quedan de propiedad particular y exigiendo requisitos técnicos para que el uso de las nacionales sea hecho con la mayor economía y el mejor rendimiento posibles.

48.—Contraviniendo el espíritu de la legislación la Corte Suprema sostuvo en sentencia de 20 de octubre de 1941 que son de propiedad particular tanto las aguas que se consumen o desaparecen naturalmente dentro del predio donde nacen, como las que desembocan en él a otra de propiedad nacional.—El artículo 677 dice a este respecto que son de propiedad particular las corrientes que “nacen y mueren dentro de una misma heredad”.

La jurisprudencia chilena basada en un texto exactamente igual al nuestro, como también la mayoría de los autores entre ellos Alessandri y Claro Solar, sostienen que debe interpretarse dicha disposición en un sentido restringido, es decir, que únicamente se debe reconocer el carácter de particulares a las pequeñas corrientes que se consumen naturalmente dentro del predio donde nacen y que no tienen importancia sino exclusivamente para él.

Nuestra Corte en sentencia de 18 de octubre de 1920 (G. J. T. XXVIII, pág. 207) sostuvo la misma tesis de la Corte Chilena.—Pero

cuando precisamente el problema de las aguas se había recrudecido y cuando era más necesario la administración del Gobierno y por tanto se hacía indispensable que la jurisprudencia le otorgara mayores facultades, resolvió adoptar la tesis opuesta.— Y no pueden ser más peregrinas las razones alegadas en su favor: que de lo contrario serían muy raras las corrientes de propiedad particular, y que como el diccionario de la Academia define la palabra “morir” en sentido figurado como “cesar en su curso movimiento o acción, morir los ríos, la saeta”, y el artículo 28 del C. Civil dice que las palabras se tomarán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, es necesario concluir que las corrientes mueren al desembocar en otra corriente.

En cuanto a lo primero, lejos de ser una razón para llegar a la conclusión de la Corte es precisamente lo que se persigue y se busca de acuerdo con las necesidades de la nación, y sabido es que no debe averiguarse cuál pudo ser la intención del legislador al dictar la ley sino cuál sería hoy en presencia de las condiciones sociales y económicas a que responde la norma.— Y por lo que se refiere al segundo argumento, basta observar que el sentido figurado de morir los ríos se aplica en el lenguaje corriente únicamente al caso de desembocar en el mar, y que el artículo 28 se refiere al sentido natural de las palabras nó a su sentido figurado.

Además, de acuerdo con el criterio de la Corte, de las dos corrientes que se juntan muere la de menor caudal.— Y en la práctica es muy frecuente el hecho de que el caudal de los ríos y riachuelos varíe enormemente según sea tiempo de invierno o de estiaje, y entonces se presenta el caso de que en ocasiones sea una corriente la mayor y en otras no lo sea.

Por último, lo que importa saber no es si la corriente como compuesto de lecho y aguas pasa a otras heredades, sino si las aguas cesan en su curso dentro del predio donde nacen o si por el contrario continúan corriendo por otros distintos sea por su propio lecho o por el de otra mayor o menor.— En el primer caso es lógico que se pertenezca al dueño del predio, ya que no tiene importancia económica alguna para los demás.— Pero en el segundo esa importancia es manifiesta y el interés general exige que se procure obtener de ellas utilidad para el mayor número de predios, lo que no se consigue, claro está, entregándolas al egoísmo particular.— Por eso el Decreto-Ley 1381 de 1940 considera como de propiedad de la nación los depósitos naturales que aun cuando estén totalmente dentro de un mismo predio, dan nacimiento a

corrientes que van a predios distintos o son alimentados por fuentes que no nacen en él y considera como bienes de uso público a “todas las aguas que corren por cauces naturales que no nacen y mueren dentro de una misma heredad” (Artículo 2).

Y en todo caso, por sobre la razón exegética alegada por la Corte debe primar la necesidad y la conveniencia general como norma de interpretación y las consideraciones expuestas sobre el fin propio de toda legislación de aguas.

49.—Este proceso de penetración del derecho público en el derecho privado tiene una manifestación muy clara y de mayor importancia cada día en la intervención del Estado en la economía nacional.— Materias que bajo el imperio del individualismo se consideraban como ajenas por completo a la acción estatal, van quedando a medida que las necesidades y problemas del mundo contemporáneo lo hacen necesario, sometidas a una reglamentación más o menos rigurosa y a un control del Estado.— Y esto sucede en todas las ramas del derecho privado: el comercio, los transportes, los bancos y sociedades anónimas, van siendo objeto de un control progresivo que llega hasta darles cierto aspecto de derecho público a su reglamentación, el que es completo actualmente en los países afectados por los problemas de la guerra y que probablemente se conservará en la paz.— Sin duda alguna el derecho está girando hacia el derecho público y, al contrario de lo que sucedía en los primeros tiempos de la Revolución, será ésta la rama fundamental del derecho contemporáneo.

Y en materia de propiedad inmueble encontramos también este mismo proceso.— Se limitan los poderes del propietario con el objeto de evitar perjuicios a la colectividad o de obligarlo a cumplir con la función social propia de este derecho.— El propietario, por ejemplo, tiene el derecho de disponer libremente de los bosques que se encuentren dentro de su predio, sea explotando la madera o simplemente talándolos para la construcción de potreros o de tierras aptas para cultivos.— Al hacerlo no está persiguiendo una finalidad torcida de causarle perjuicio a un tercero ni se separa tampoco de la destinación económica y social que a su derecho de dominio le corresponde.— Su uso es por tanto legítimo y moral.

Sin embargo, en los países en donde existe el problema de las aguas, es decir una disminución progresiva de los caudales acompañada de un aumento de la agricultura y de la necesidad de ese elemento, se ha desarrollado una legislación especial sobre bosques con carác-

ter administrativo.—Se somete a los bosques que tengan importancia como factor de conservación de las aguas, o como riqueza forestal a un régimen de tutela y control riguroso del Gobierno y se prohíbe su destrucción y en general su explotación salvo casos y por medio de procedimientos especiales, y se sanciona a los particulares, propietarios o terceros, que infrinjan tales disposiciones.—E inclusive se crea una política forestal, encargada especialmente de la vigilancia de los bosques y de su conservación.

En Colombia tenemos una legislación forestal muy completa.—La Ley 200, entre otras, dice en su artículo 9° lo siguiente: “Es prohibido, tanto a los propietarios particulares como a los cultivadores de baldíos, talar los bosques que preserven o defiendan las vertientes de aguas, sean éstas de uso público o de propiedad particular, y que se encuentren en la hoya o zona hidrográfica de donde aquéllas provengan.—En las hoyas o zonas a que se refiere esta disposición, sólo podrán hacerse desmontes, previo permiso otorgado por el Gobierno, con conocimiento de causa y siempre que las obras que vayan a realizarse no perjudiquen al caudal de las aguas respectivas.”

La violación de la norma transcrita acarrea no solamente multas de \$ 20 a \$ 200, sino la obligación de replantar los árboles destruidos (inciso tercero).

Y no se limita la ley a prohibir la destrucción de los bosques, sino que autoriza al Gobierno para señalar las zonas en las cuales deben repoblarse, es decir, que se puede obligar a los particulares aun en el caso de que no hayan infringido el artículo 9° a repoblar los bosques que con anterioridad a la ley hayan sido destruidos o que nunca hayan tenido el desarrollo necesario para el fin que se persigue con ellos.—Estas normas se desarrollan en el Decreto 59 de 1938, reglamentario de la Ley.

El Decreto 2202 de 1939 trae también una reglamentación muy completa sobre explotación de bosques.—Y el Decreto—Ley 1381 de 1940 ordena al funcionario de policía más inmediato al lugar, proceder a la destrucción de los árboles que se siembren en las orillas o en el cauce de las corrientes de uso público y que impidan el curso normal de las aguas.

Igualmente puede considerarse como una intervención administrativa en el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles rurales, la extinción del dominio por la no explotación económica ya estudiada y el consiguiente procedimiento administrativo-judicial que se establece pa-

ra hacerla efectiva.—El Gobierno asume la vigilancia del cumplimiento que los propietarios le den a la obligación de explotar económicamente sus predios impuesta por la ley y hace efectiva la sanción.

Otro ejemplo de esta continua intervención del Estado en materias abandonadas antes a la libre actividad de los particulares, es el de la pesca.—El Gobierno ha asumido el control de esta actividad y la ha sometido a condiciones y requisitos especiales, con el objeto de impedir que por medio de procedimientos inconsultos y torpes se arruine la industria con el consecuente perjuicio para la economía nacional.

En otros países la intervención en la agricultura es mucho mayor, especialmente en los que actualmente se encuentran en guerra.—El principio de la economía dirigida, ya incluido en nuestra Carta Fundamental por el artículo 28, ha llevado la intervención en continuo aumento de acuerdo con las necesidades y problemas propios de cada país. Se ordenan ciertos cultivos, se prohíben o se limitan otros.—De manera que puede afirmarse sin temor alguno, que la penetración del derecho público en estas materias es una de las características fundamentales del moderno derecho.

TERCERA PARTE

EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO IX

LA DECADENCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

50.—El derecho de las obligaciones y de los contratos ha experimentado también una fundamental evolución a partir de la expedición del Código de Napoleón, orientada hacia el doble propósito de protección de los débiles y de defensa de los intereses generales contra el libre juego del egoísmo particular.

La filosofía individualista del siglo XVIII que veía en el Estado una creación jurídica nacida de un contrato y que consideraba a la persona humana dotada de derechos naturales y de una capacidad jurídica inmanente, opuesta al Estado y capaz de dirigir contra él sus pretensiones, tenía necesariamente que considerar a la voluntad privada como dotada de completa autonomía y de capacidad para crear normas jurídicas.

El derecho subjetivo era considerado como anterior al derecho objetivo y como superior a él. La ley era puesta al mismo nivel que el contrato, que era apreciado como una verdadera ley particular, y la única diferencia con aquella consistía en su radio de aplicación o de obligatoriedad. Es la doctrina propia del individualismo liberal y de la escuela del derecho natural.

Lógicamente dentro de esta concepción se produce una exaltación de la voluntad soberana como creadora de relaciones jurídicas. Se sostiene que los derechos de los particulares libremente discutidos concuerdan con el interés público y con la ley moral, y que del contrato no puede surgir ninguna injusticia, dado el hecho de que las obligaciones se asumen libre y voluntariamente. (Ripert: La regla moral... N° 22).

Se considera que la felicidad de los individuos es mayor mientras más extenso sea el círculo de su actividad privada, es decir, mientras menores sean las restricciones a que se les someta, y por tanto se deja a la voluntad individual en libertad de crear el derecho como quiera.

Esa autonomía de la voluntad significa, como lo anota el profesor Pierre Louis-Lucas, Decano de la Facultad de Derecho de Dijón, que la voluntad humana es plenamente independiente y directamente creadora. (La autonomía de la voluntad en derecho privado interno y en derecho internacional privado.—Estudios de derecho civil a la memoria de Henri Capitant).

Pero es necesario tener en cuenta que no es la voluntad de cada individuo en realidad la que produce aquellos efectos, sino la conjunción de las voluntades individuales. Mas de todas maneras la obligación viene a ser el resultado de la voluntad libre y autónoma del contratante y por tanto una especie de auto-obligación.

51.—El Código de Napoleón se inspiró en las ideas expresadas, y como resultado de ello es el artículo 1.134, similar al 1.602 de nuestro código, por el cual se consagra el principio de la autonomía de la voluntad con las siguientes consecuencias:

1°.—Toda persona es libre de contratar o de no contratar, es decir, de obligarse y de adquirir derechos por medio de un acuerdo de voluntad con otra persona, o de permanecer alejada de toda relación contractual; el Estado no puede intervenir ni en un sentido ni en otro, porque se trata de una determinación soberana de la voluntad individual.

2°.—Una vez que dos voluntades individuales han decidido ligarse por medio de un contrato, tienen plena libertad para discutir y establecer las condiciones, el contenido y el objeto del contrato, con la única restricción impuesta por el orden público y la moral.

3°.—Únicamente las partes contratantes son aptas para determinar cuáles son los efectos de las obligaciones que han adquirido y el juez, dado el caso de su intervención, debe limitarse simplemente a hacer cumplir su intención sin pretender imponer su propia voluntad.

4°.—El contrato es una ley para las partes y por consiguiente el poder público le debe dar la misma garantía que si se tratara de una disposición legislativa.

5°.—Cualesquiera que sean las palabras escogidas por las partes para la manifestación de su voluntad, el contrato es válido; no existen cláusulas sacramentales, basta con poderse conocer la intención de los contratantes y la voluntad tácita tiene el mismo valor que la expresa.

6°.—En caso de que exista conflicto de legislaciones, los contratantes pueden libremente escoger a cuál de ellas someten sus obligaciones.

52.—Esta concepción, sin embargo, no podía permanecer intacta a pesar de las grandes transformaciones que en la vida económica y social fueron presentándose con posterioridad al Código Civil y de la evolución sufrida por las ideas filosóficas y políticas. En tres grupos generales pueden comprenderse las causas de la evolución sufrida por el derecho de las obligaciones, a saber: circunstancias sociales y económicas; consideraciones políticas, e ideas filosóficas y morales.

La influencia de las circunstancias sociales y económicas es tan profunda en esta rama del derecho civil, que M. Eugene Gaudemet ha dicho que, “el derecho de las obligaciones no es sino el aspecto jurídico de fenómenos sociales cuyo aspecto económico es el crédito” (Teoría General de las Obligaciones, pág. 7).

En la base de toda organización del derecho de las obligaciones está una idea económica: el crédito. La importancia de ese derecho es cada vez mayor, a medida que la evolución económica ha ido desarrollando el crédito como factor de riqueza y como elemento principal de comercio. Y el derecho comercial, por ejemplo, no es sino un derecho de las obligaciones adaptado especialmente a los comerciantes y a los actos de comercio.

El auge de los valores muebles como elemento preponderante de la riqueza, la aparición de las grandes sociedades anónimas con el consecuente comercio de títulos y acciones, ha creado problemas numerosos para cuya solución se ha hecho indispensable ponerle sucesivas cortapisas a la autonomía de la voluntad.

La presencia de crisis periódicas o por lo menos de períodos de estrechez económica, alternando con otros de prosperidad, ha hecho que los legisladores sean más o menos estrictos en delimitar el campo de la libertad contractual. Y siempre que se presenta un período de gravedad alarmante para la economía general de un país, vienen medidas más o menos provisionales que persiguen reducir a un mínimo la libertad contractual para evitar la especulación inmoderada, los acaparamientos y las extorsiones inmorales. Ejemplo fecundo es precisamente el período por el que actualmente atravesamos.

Igualmente, el avance de la civilización, el desarrollo de los transportes por medio del ferrocarril, el automóvil y el avión, etc., la expansión del maquinismo y de la gran industria, al crear riesgos nue-

vos y nuevos problemas, produjeron una evolución profunda en el contrato de trabajo y en la responsabilidad civil extracontractual.

Por otra parte, las transformaciones que en el concepto de la organización del Estado se han producido en la historia de los últimos siglos, y más limitadamente en lo que lleva de vida el movimiento codificador iniciado con el Código de Napoleón, han influido directa y sustancialmente en el desarrollo del derecho de las obligaciones. A la evolución política corresponde una pareja evolución jurídica.

Es apenas natural que cuando imperaba el principio del Estado Gendarme reinara el principio de la absoluta libertad individual. Pero una vez que el nuevo criterio del Estado intervencionista se impone, en presencia de los problemas creados por el mundo moderno y especialmente por la guerra de 1914, empiezan a aparecer numerosas disposiciones legislativas y jurisprudenciales, y continuos reclamos de la doctrina, con una tendencia completamente opuesta: la de limitar la libertad contractual.

Con las tremendas alteraciones económicas producidas por el nuevo conflicto mundial, se extiende por todos los países más o menos afectados, una verdadera ola de intervencionismo, y los gobiernos empiezan a tomar bajo su dirección y control la casi totalidad de la riqueza y de las actividades comerciales, situación que naturalmente tiene que influir notablemente en el derecho de las obligaciones. Al crearse el régimen de la "economía dirigida", se inicia en el campo del derecho, como ya lo observó Jossierand, el régimen del "contrato dirigido".

Por último, es claro que siendo el acuerdo de voluntades la forma de los contratos civiles y éstos a su vez una de las fuentes principales de las obligaciones, las ideas filosóficas y sociales que imperen en cada época sobre la mayor o menor amplitud para el ejercicio de la libertad individual, influyen fundamentalmente en el orden jurídico de las obligaciones. El movimiento filosófico es inseparable como causa de esta evolución, del movimiento político.

Mientras las ideas filosóficas y políticas individualistas predominaron, la concepción anterior del contrato se mantuvo intacta. Pero a medida que las nuevas tendencias de la filosofía social y de la política fueron desplazando a aquéllas, la noción del contrato fue sufriendo modificaciones cada vez mayores. El individualismo excesivo del siglo XVIII cede hoy el lugar a un socialismo un poco vago, pero que penetra en todas las concepciones jurídicas y políticas del mundo.

53.—Varias son las escuelas filosóficas que concuerdan en la

crítica a la concepción clásica del contrato, dirigida contra sus fundamentos básicos inspirados en los erróneos postulados individualistas. Y el socialismo también, como se indicó, la combate reclamando una real protección a los débiles y una equidad verdadera en el régimen contractual.

Ya para el individualismo democrático, sucesor del individualismo liberal, el contrato no puede estar al nivel de la ley. Se admite que el individuo tiene un campo de acción en donde puede ejercer libremente su voluntad, pero dentro de los límites fijados por la ley. El contrato no crea el derecho objetivo, sino sólo relaciones jurídicas de las cuales provienen derechos subjetivos, los cuales son reconocidos por el derecho objetivo. El contrato, por tanto, es un instrumento jurídico creado por la ley para la reglamentación de las relaciones de derecho privado, dentro de los límites fijados por ella. (D. L. Dikoff: La evolución de la noción de contrato.—Estudios de derecho civil a la memoria de Henri Capitant.— págs. 208-9).

Se ensaya también modificar el contenido de la noción del contrato por medio de la idea de la solidaridad. Se rechaza en nombre de ella la fuerza absoluta del contrato y se admite que por el contrario sus cláusulas pueden ser modificadas y puestas en armonía con los intereses sociales. Para la filosofía socialista el contrato es obligatorio no tanto por haber sido voluntariamente querido, sino por haber sido correctamente celebrado. Y esta corrección resulta de su conformidad con las condiciones políticas y económicas imperantes en la comunidad respectiva.

Pero la transformación más importante es quizás obra de la doctrina del universalismo en la sociología y del idealismo en filosofía. Estas doctrinas, sin quitarle al contrato su carácter de acuerdo de voluntades, lo incorporan al conjunto del orden jurídico común. Es decir, se le considera no como obra de los individuos aislados de la comunidad y ajena al orden jurídico general, sino por el contrario como obra de miembros de esa comunidad y como un instrumento del orden jurídico nacional. De lo que resulta que el factor principal que determina el contenido de un contrato no es la voluntad individual, sino la voluntad de la comunidad.

No es que con esta concepción se anule la libertad contractual o se menosprecie el contrato. Lo que sucede es que se le somete al orden general del que nace la verdadera libertad y se le adapta a las necesidades de la vida actual. Y los límites impuestos por la ley a esa liber-

tad son consecuencias inevitables y naturales de la sujeción personal de las partes contratantes para con la comunidad.

El contrato deja de ser una suma mecánica de dos voluntades accidentalmente concertadas, para pasar a constituir la unidad de la voluntad subjetiva y de la objetiva, y a formar parte del orden jurídico nacional y del derecho de la comunidad.

El contenido del contrato queda en esta forma establecido no solamente por la voluntad de las partes, sino también por la ley y por los postulados concretos de la buena fe y de la confianza recíproca, es decir, por el orden jurídico nacional.

Se ve claramente la diferencia entre el universalismo y el individualismo. Este, aún limitado por la idea de solidaridad, le da a la voluntad particular el principal lugar en el comercio jurídico y mientras que el Estado se limita a imponerle restricciones en nombre del interés público, creando una contradicción entre el interés privado y el público. El universalismo, por el contrario, no parte de la idea de voluntad privada e interés particular, sino de la idea de comunidad y de ley, identificándolo con ésta, puesto que el derecho es considerado únicamente como derecho objetivo. No es que la ley le introduzca limitaciones al contrato, sino que éste se asimila a aquéllas, no concibiéndose la posibilidad de que se le separe u oponga. Se llega de nuevo a la identificación del contrato y la ley, pero en un sentido opuesto al que le daban los juristas y legisladores del siglo XVIII. (Dikoff: Ob. cit. pag. 217).

Desde un punto de vista no ya filosófico o sociológico sino estrictamente jurídico, se alega que la presunta igualdad de los contratantes es simplemente teórica, porque en la mayoría de los casos una parte se encuentra en manifiesta desigualdad y concurre al contrato obligada por razones imperiosas, necesidades económicas o legales, o en inferior condición psicológica. Y se apela a las nociones de equidad y de buena fe, para reclamar la formación de una igualdad real por medio de la protección efectiva de la parte débil. Como dice Ripert: "La conclusión del contrato crea en la sociedad situaciones subjetivas favorables a los más ricos, más inteligentes, más trabajadores, más previsores o aún simplemente más afortunados" (El régimen Democrático en el Derecho Civil Moderno. N° 139).

54.—La influencia de estas doctrinas naturalmente ha llegado hasta el legislador. Se establece la intervención de la ley en la formación y el contenido de ciertos contratos en que una de las partes está obli-

gada prácticamente a aceptar las condiciones que le impone la otra, como los celebrados entre los bancos y sus clientes, entre los aseguradores y sus asegurados, entre los transportadores y los propietarios de las mercancías transportadas. Se exige en ciertos casos la aprobación previa de las condiciones generales de la póliza por el Gobierno, y en algunas ocasiones se llega hasta determinar la totalidad de sus cláusulas; supliendo, puede decirse, la voluntad de una de las partes, como en las empresas de correos, de teléfonos, etc.

Se aumenta por otra parte el formulismo con el objeto de darle mayor garantía y seriedad al contrato y de hacer más difícil celebrarlo con fines torcidos o inmorales.

En el proyecto de reforma el Código Civil Alemán se ha construído, sobre la base de las ideas expuestas de la filosofía idealista y del universalismo, la noción de "las relaciones de confianza", en virtud de las cuales se exige que las partes contratantes se ayuden mutuamente, que concurren a proteger sus recíprocos intereses, desde el momento de la celebración del contrato hasta su completa ejecución. Se fundamenta la noción en la idea de que sólo en el caso de que las dos partes obren con confianza recíproca y mutua buena fe puede ser realizado el fin común del contrato, que no es únicamente la obligación del deudor sino el interés de ambos contratantes. De esta manera la obligación une a las partes en una comunidad jurídica y las coloca en una relación de confianza.

Y al lado de la noción de relación de confianza se ha elaborado lo que se ha convenido en llamar la teoría de la "obligación de protección". Esta obligación no tiene por fin la protección del contrato, sino sirve como medio de defensa contra los perjuicios que pueden presentarse en el momento de la celebración del contrato o en el de su ejecución, y pesa tanto sobre el deudor como sobre el acreedor. No está dominada por la idea de la contraprestación sino de la confianza recíproca y de la colaboración que debe existir entre las partes. Se establece por medio de estas dos nociones, como se ve, una comunidad contractual, formada no sólo por una entidad económica sino también ética. (Dikoff: Ob. cit. pags. 214 y 215).

55.—Tanto la jurisprudencia francesa como la nuestra han procurado también limitar la autonomía de la voluntad y defender la equidad y la moralidad del contrato, haciendo uso de todos los medios posibles. Pero los más interesantes entre ellos los constituyen la ampliación de las nociones de orden público y buenas costumbres y la aplica-

ción de la noción de la causa y de la teoría del abuso de los derechos.

La doctrina va más adelante y pretende quebrar el carácter absoluto del contrato, cuando por circunstancias posteriores a su celebración se convierte en instrumento de explotación de una parte por otra, alegándose que en esos casos debe otorgarse al juez el poder suficiente para modificar el contenido de la obligación revisando su economía o para suspender el contrato.

La autonomía de la voluntad ha dejado de ser, por consiguiente, un postulado del derecho moderno. El contrato es hoy día esencialmente relativo y, como se dijo antes, la tendencia general va hacia la consagración del régimen del "contrato dirigido". Planiol y Ripert sintetizan la situación actual dentro del plano jurídico positivo, de la siguiente manera:

"En definitiva, la regla general, que conserva una considerable importancia, sigue siendo la libertad que tienen los particulares para crear obligaciones mediante los contratos. Pero, queda sujeta a restricciones cuyo número e importancia van en aumento por una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha, del individuo respecto al medio en que vive y el sentimiento más definido de que ninguna sociedad puede mostrarse indiferente a los fines que se proponen los contratantes, debiendo velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva y conmutativa". (T. 6 N° 21).

— f —

CAPITULO X

EVOLUCION DE LA NOCION DE ORDEN PUBLICO

56.—Dentro del proceso de limitaciones a la autonomía de la voluntad, cuyas causas quedaron expuestas, fue natural que se recurriera en primer término a los instrumentos tradicionales, consagrados ya en el derecho positivo.—El artículo 6 del Código de Napoleón, similar al 16 de nuestro código, trae la prohibición expresa de celebrar contratos que violen las normas que interesen al orden público y a las buenas costumbres.—Es la consagración de la única limitación que para la doctrina individualista debía establecerse al poder creador de la voluntad y al mismo tiempo la forma más sencilla de hacerlo.

Y en consecuencia con los artículos citados, se establece en ambos códigos que es nulo absolutamente el contrato afectado de una causa ilícita, y que lo es la prohibida por la Ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público.—(Arts. 1133 del C. C. F. y 1524 del C. C. C.).

Naturalmente, dada la concepción filosófica de la autonomía de la voluntad y su capacidad immanente, coexistiendo con la teoría económica de la libre competencia y con la política de la no intervención del Estado en las actividades particulares, los autores del Código no podían usar aquella noción sino con una marcada timidez.

Ya se dijo que para la escuela individualista las excepciones a la autonomía de la voluntad debían ser rigurosamente limitadas, ya que el bienestar general y la justicia, según ella, se cumplían cabalmente en el libre acuerdo de voluntades particulares.—Luego era lógico que se considerara la noción de orden público como rigurosamente legal; es decir, para que un acto pudiera ser violatorio del orden público y en consecuencia anulado, era menester que con él se violara una disposición legal a la cual el legislador le hubiese asignado expresamente

el carácter de orden público.—Tal era la interpretación que se daba al artículo 6 del Código.

Como se comprende, las consecuencias de pareja doctrinaria son tres:—se restringe a un reducido número de casos la aplicación de la noción; se supone en el legislador una capacidad previsoras que sobrepasa a toda humana imaginación; y se considera al orden público como algo estático e inmodificable, cuando precisamente es de su esencia la transformación permanente, ya que las condiciones de todo orden que lo constituyen varían de contenido y de importancia al choque de los hechos sociales.

Por otra parte, como en el momento de expedirse el Código de Napoleón al Estado se le asignaba únicamente una función política, y no una función económica, era natural que la noción de orden público tuviese un significado político también, y que la formasen las disposiciones que reglamentan la organización del Estado y de la familia.—Era el período de la primacía de lo político sobre lo económico.

Con todo, ya con la inclusión de la noción en el Código se establece una vigilancia sobre el nacimiento y la ejecución del contrato para el efecto de conocer la licitud o ilicitud de su causa, con lo que se consagra el principio según el cual el Estado conoce mejor que los contratantes el orden que conviene hacer reinar en la sociedad.—Se interviene no ya en defensa de las voluntades individuales, sino para destruirlas en caso de que resulten perjudiciales a la comunidad en vista de los fines perseguidos.

El instrumento estaba creado; faltaba hacer de él un uso conveniente, y naturalmente los exégetas individualistas no podían hacerlo, puesto que se trataba de limitar el principio, caro para ellos, de la soberanía de la voluntad particular.

Pero es necesario no confundir el orden público político con el llamado orden público de policía y que se refiere a la tranquilidad, seguridad y sanidad públicas y cuya guarda corresponde a la policía y de manera más general entre nosotros, al Presidente de la República (Art. 115, numeral 7° de la Constitución).

57.—La Jurisprudencia francesa no tardó en iniciar la tarea de extender la noción y de obtener de ella todos sus resultados.—Reaccionó en primer término contra el concepto legal de la noción, sosteniendo que el artículo 6 del Código no habla de que es prohibido violar las normas de orden público, sino las normas “que interesan al orden público” y

que por tanto bien puede tratarse de una disposición a la cual el legislador no le haya dado expresamente ese carácter.

Nuestro texto habla también de “las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”.—Luego lo que importa es que el cumplimiento de la norma interese al orden público y nó que sea ella misma de orden público por mandato del legislador.

Y algo más, la doctrina moderna acepta que un acto pueda ser considerado como violatorio del orden público, a pesar de que no esté en contradicción con ningún texto legal, si se considera que perjudica el orden que de acuerdo con la legislación general es fundamental para el Estado.—Y si se relacionan estos artículos con los que reglamentan la noción de la causa, aparece más clara aún la anterior conclusión.

58.—Por otra parte, a medida que de la absoluta libertad de comercio se ha venido pasando al sistema de la economía dirigida, la importancia de este aspecto de la organización jurídica se ha realzado, y con ello la noción de orden público se ha penetrado también de un sentido económico.—Los problemas que de esta índole ha sufrido el mundo, han hecho que la organización económica sea considerada tan importante para la vida del Estado como la organización política.—Y como se ha hecho necesario establecer normas obligatorias que frenen el caos creado por el egoísmo particular libre de trabas y su número e importancia es cada día mayor, se hizo necesario considerar como nulos los actos que atentan contra los fundamentos económicos de la nación, de la misma manera que si violaran su organización política.

Nace así al lado de la noción de orden público político, única conocida por los redactores del código y sus intérpretes individualistas, otra más amplia y fecunda: la noción del orden público económico, que en realidad está constituida por todas las disposiciones sobre intervención del Estado en todos los aspectos de la vida económica y comercial, y que son normas de derecho público.

Nuestra Constitución trae un artículo incorporado por la reforma de 1936, que es precisamente consagración del orden público económico en Colombia, por el cual se autoriza al Estado “para intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”, (Art. 28 de la actual codificación).

E igualmente, el texto constitucional según el cual “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o inte-

rés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social”, es la mejor consagración de la noción de orden público dentro de su más amplia acepción.

Los ejemplos de estas leyes que forman el orden público económico de cada país son muy numerosos: leyes expedidas sobre rebaja de deudas en las épocas de crisis y de valorización excesiva de la moneda; que establecen una rebaja en los intereses usurarios; que imponen un control de los precios de ciertos artículos o limitan su venta; que reglamentan los transportes públicos; que regulan el cambio internacional, etc., etc.

Este orden público económico, como es natural, no está constituido por normas permanentes.—Como los hechos económicos se transforman con una rapidez extraordinaria, la legislación económica tiene que variar con un ritmo igual.—La voluntad del legislador no puede oponerse a la contundencia de los hechos, y no solamente de los hechos nacionales sino también de las perturbaciones internacionales cuya influencia no es posible descartar.

Para mayor comprensión de este punto fundamental, se transcriben a continuación algunos párrafos de la obra “El régimen democrático y el derecho civil moderno”, del Profesor Ripert:

“En el dominio de las relaciones económicas no hay, en el momento de promulgarse el código civil, otra organización que la que se forma libremente por las convenciones privadas.—Si el código penal prohíbe las coaliciones (Art. 419) es para hacer respetar mejor la libertad.—Cuando el legislador se decide a imponer una prohibición de contratar, por razones en apariencia económicas, por ejemplo la prohibición de la lesión en las ventas de inmuebles, de la usura en el préstamo, es más bien una regla moral la que inspira la prohibición que una preocupación de orden económico.—Aún los juristas clásicos no comprenden bien la regla.—Ellos la aceptan porque es impuesta por la experiencia, pero no olvidan señalarle su carácter excepcional.—Los cambios de riqueza o de servicios pueden ser contrarios a la moral; no se concibe cómo puedan ser contrarios al orden público, puesto que la ley ha dejado a los hombres la libertad de comerciar.

“Si se admite, por el contrario, que hay, impuesto por el Estado, un cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de derogar por sus convenciones, el artículo 6° tomará un sentido nuevo.—El orden establecido por el Estado para la producción, el cambio, la distri-

bución de las riquezas será, claro está, de naturaleza económica, pero será sin embargo un orden público; tendrá necesariamente el carácter de obligatorio y, por vía de consecuencia, serán nulas las convenciones que intenten afectarlo.—No se trata ya de la primacía de lo político sobre lo económico; se trata de distinguir, en las relaciones económicas entre los hombres, aquellas que son queridas, impuestas por el Estado y las que pueden ser libremente establecidas por los particulares.—Hay en adelante, al lado de la organización política del Estado, una organización económica tan obligatoria como aquélla.—Existe, por consiguiente, un orden público económico” (N° 140).

59.—Ahora, descartado el criterio legal que consideraba de orden público únicamente aquellas normas a las cuales el legislador les daba esa calidad, se crea el problema de saber a quién le corresponde decidir cuándo una disposición lo es o cuándo un acto particular puede ser violatorio del orden público.

Claro está que si la ley dice expresamente que es nulo el contrato que la viole, no existe dificultad alguna, y la tendencia del legislador es la de multiplicar las disposiciones imperativas.—Lo mismo sucede si se dice expresamente que la ley en su totalidad o en algunas de sus disposiciones es de orden público, como sucede con frecuencia.—Pero como es imposible que el legislador pueda prever en forma absoluta qué normas van a revestir ese carácter a medida que los hechos económicos y sociales se transformen, le corresponde al juez en caso y de acuerdo con esos hechos, decidir cuándo las necesidades sociales exigen que se sobreponga el interés público a la voluntad individual.—Lo que es más necesario aún en el caso de encontrarse en presencia de un contrato acusado como violatorio del orden público, sin que exista ninguna disposición especial violada con él.—Se corre sin duda alguna el peligro de la arbitrariedad del juez, pero esto es inevitable.—(Morandiere:—El orden público en Derecho Privado Interno.—Estudios a la memoria de Henri Capitant.—pág. 389 Ripert, obra citada, N° 142).

Sin duda alguna para que el juez pueda cumplir en forma justa esta delicada misión, como otras muchas que el derecho moderno le confiere, se necesita que esté dotado de amplios conocimientos de economía y de una visión general de la organización social y económica de la nación.—Es éste un problema ya de hecho cuya resolución debe iniciarse en la Universidad y concluirse en el gabinete particular de cada juzgador.—De mucha utilidad le serán los antecedentes que la tradición le presente y el ejemplo de lo ocurrido en otros países de similar organi-

zación.—Pero si se tiene en cuenta el carácter voluble de este orden, ya observado, se comprende mejor la dificultad que existe para la formación de un criterio regulador en esta materia, puesto que no es posible establecer normas fijas y exclusivas que pretendan encerrarlo.

60.—En realidad de verdad, el orden público está compuesto por todas las disposiciones de carácter imperativo que existen en el ordenamiento jurídico de cada nación.—Y si se tiene en cuenta que la norma es imperativa cuando se la considera por el legislador como de interés general, porque de lo contrario no se entendería la razón de su obligatoriedad, puede concluirse que en el fondo toda norma imperativa es una norma de derecho público.—Únicamente las disposiciones potestativas, que están sometidas a la voluntad de los particulares, son las que no interesan al orden sustancial del Estado, es decir, son de derecho privado.—Luego el orden público es, en definitiva, el derecho público de cada país.

Esta afirmación puede parecer errada a quienes se guían por un criterio rigurosamente civilista.—Pero si se considera que una de las características esenciales del derecho moderno es la penetración del derecho público en el derecho privado, o sea, el hecho de que, disposiciones de éste cada vez más numerosas van adquiriendo la categoría de derecho público, no se encuentra dificultad para admitir que lo son todas aquéllas en las cuales el legislador impone una norma en forma imperativa y que por tanto están haciendo parte del orden fundamental del Estado.

Según Jossierand, las instituciones que tienden a fijar las relaciones se dividen en dos grandes categorías, “según que estén orientadas hacia los intereses públicos, o bien hacia los intereses privados: en la primera eventualidad, hacen parte integrante del *derecho público*, el cual, decía Ulpiano, “ad statum rei romanae spectat”; en el segundo caso pertenecen al *derecho privado*, el cual, de acuerdo con el mismo jurisconsulto, “ad singulorum utilitatem pertinet”.—(Curso de Derecho Civil: T. 1° N° 10).

De manera que el criterio para distinguir las dos grandes ramas del derecho es el del interés que persiguen las normas: si miran hacia el interés público, son derecho público, y si hacia el particular, son de derecho privado.—Y no puede negarse que en toda disposición imperativa se está reconociendo que su cumplimiento interesa más a la colectividad que al particular que debe cumplirla, porque de lo contrario se la dejaría a su arbitrio.

Las leyes sobre intervención en la economía están regulando el fun-

cionamiento del Estado y persiguen el interés general en contra del particular que por ellas se limita o se anula; lo mismo sucede con las leyes sociales que intervienen en la regulación del contrato de trabajo, y que establecen las prestaciones sociales de los trabajadores.—Cuando se exige como obligatoria una moneda determinada, o se declara una moratoria o se determina el valor de los arrendamientos, etc. se está imponiendo el interés público sobre el interés individual.—El orden público económico, es, por tanto, indiscutiblemente de derecho público.

Las normas sobre organización de la familia, sobre derechos herenciales, sobre la profesión reglamentada, son de carácter político y así las consideraban los juristas de la época del Código de Napoleón; responden a un interés público y no al interés particular, lo que es más claro dentro de las concepciones del derecho moderno expuestas en la primera parte de esta monografía.—Su carácter de derecho público es, en consecuencia, perfectamente admisible.

Las normas que establecen solemnidades especiales para ciertos actos, son de derecho público, de la misma manera que las disposiciones procedimentales.

Y fuera de las anteriores no restan sino las disposiciones de carácter constitucional, administrativo, fiscal y penal, cuya naturaleza de derecho público no es discutida.

Como se ve, la afirmación anterior tiene sobrado fundamento. Pero es necesario tener en cuenta que la noción de orden público no está compuesta únicamente por las disposiciones de derecho público contenidas en las leyes, sino de una manera más general por los principios esenciales consagrados en ellas y por el estado de cosas que de ellas se deduce y que están, por decirlo así, en la base del ordenamiento jurídico del Estado; ya que, como se ha repetido, es posible incurrir en violación del orden público sin violar ninguna disposición legal especial.

61.—Veamos ahora en qué forma se aplica a los actos jurídicos la noción de orden público.—Como lo observa el Profesor De La Morandiere en su estudio:—“El Orden Público en Derecho Privado”, citado antes, es necesario distinguir, cuando se trata de la retroactividad de las leyes de orden público, el caso de las convenciones celebradas con violación de dicho orden y el de aquéllas que habiendo nacido válidamente de acuerdo con la legislación vigente en ese momento, posteriormente vienen a quedar en contradicción con el orden público, por virtud de una ley posterior.

En el primer caso la noción se aplica con toda rigidez.—Se trata de

un conflicto entre la norma particular nacida de un contrato y la norma general expedida por el legislador.—En la legislación civil al lado de las fuentes positivas de derecho existe como fuente de norma jurídica particular la voluntad individual, la que es protegida por la ley siempre que no esté en contradicción con ella o con el orden público o las buenas costumbres.—Pero cuando se celebra un contrato violándose con él el orden público se presenta un conflicto entre la norma primaria fundamental y la regla secundaria particular, y es natural que ésta ceda siempre ante aquélla.

Pero para que una convención sea nula absolutamente es necesario que su causa o su objeto sea contrario al orden público (Arts. 1519, 1523 y 1524 C. C.).—De manera que si se da un caso en que un contrato sea contrario a una norma de orden público pero sin que su causa o su objeto sean ilícitos, aquella nulidad no tiene aplicación; así la venta que la mujer casada hacía antes de la ley 28 de 1932 sin autorización del marido, en contravención de una norma de orden público como son todas las que reglamentan las relaciones de familia.—Pero en cambio, si en un contrato celebrado entre cónyuges se dispensa a la mujer de la potestad marital, el acto es nulo absolutamente por y contra el orden familiar.—Lo que debe tenerse en cuenta es el motivo, es la calidad de la causa, entendida de acuerdo con la doctrina moderna y con el artículo 1524 de nuestro Código Civil, es decir, como el motivo que induce al acto o contrato.

No sucede lo mismo cuando se trata de aplicar una ley de orden público a contratos válidamente celebrados.—En este caso no existe únicamente la contradicción entre el interés particular y el interés general, sino que, como es una norma esencial para el comercio jurídico la de la garantía de los contratos válidamente celebrados, existe también un interés general que se opone al representado por la norma de orden público.—Toca entonces definir al legislador y en presencia de su silencio al juez, en qué casos es de mayor interés para la colectividad la aplicación de la ley nueva y en cuáles lo es la conservación del principio enunciado.—La nulidad ya no es necesaria en todo caso, pero sí es posible darle efecto retroactivo a la ley y los tribunales franceses lo han admitido así en varias ocasiones, entre ellas, el caso de la ley que hizo obligatorio el curso del billete del Banco de Francia y el de la prohibición de aumentar o disminuir el tiempo de las vacaciones fijado por el uso, en los contratos de trabajo.—Y entre nosotros se aplicó también en el caso de las famosas leyes de deudas.

Como la mayor parte de las disposiciones sobre contratos son interpretativas, a las partes les corresponde decidir sobre su aplicación y, si nada dicen, se entienden incorporadas en el contrato.—Por regla general las leyes nuevas no afectan para nada el acto ya celebrado; pero si se trata de una ley de orden público, como esta noción le pone un límite a las voluntades individuales, ya no hay que pensar en lo que han querido los contratantes, sino que si el interés público lo exige, su contrato queda privado de eficacia para el futuro.—(Colin y Capitant: T. I N° 45).

La noción de orden público se aplica en este caso, como se ve, en forma más limitada.—Los ejemplos de leyes que no tienen aplicación para los contratos anteriores son numerosos.—Así las leyes que reducen los intereses, las que fijan los precios de ciertos artículos, etc.

El Profesor De la Morandiere, explica esta cuestión en los términos siguientes:

“Pero el conflicto de que nos ocupamos ahora es diferente; trata de un acto jurídico ya celebrado y válidamente bajo el imperio de cierta ley.—Una ley nueva aparece, de acuerdo con la cual ese contrato se encuentra en contradicción.—El orden público podrá servir para afirmar todavía la superioridad de la ley sobre el acto jurídico.—Pero no desempeñará necesariamente esa función en todos los casos en que la desempeñaría en el primer conflicto.—Un elemento nuevo entra aquí en discusión: el interés de la estabilidad de un acto celebrado bajo la garantía de la ley antigua.—No se trata ya de confrontar las necesidades sociales traducidas por la ley nueva únicamente con la eficacia de la voluntad de los particulares, sino de poner en balanza esas necesidades sociales con la voluntad individual reforzada esta vez por la garantía que le da la ley antigua.

“El orden público puede hacer inclinar aquí ante él no solamente la voluntad individual, sino el interés que la sociedad misma tiene en la estabilidad de los contratos.

“Se comprende entonces que los jueces puedan decir en ciertos casos que el contrato anterior será mantenido aunque, por ejemplo, una ley nueva haya venido a decir que no se puede estipular un interés superior a una cierta tasa.—La necesidad social de la lucha contra la usura afirmada por la ley nueva, necesidad de orden público contra los contratos posteriores, pudo ser juzgada sin embargo en cierta época menos fuerte que la necesidad social de estabilidad de los contratos anteriores.

“Por el contrario, en otros casos, los motivos de interés social de

la ley nueva serán más fuertes y los contratos anteriores cederán delante de esta ley.

“Para esta nueva aplicación de la idea de orden público, nosotros encontramos el mismo poder del juez, ya señalado.—Sin duda el legislador decidirá a veces expresamente que su ley nueva se aplicará a los contratos anteriores, pero la mayor parte de las veces guardará silencio y es al juez a quien le corresponderá estimar si hay que hacer aplicación de la idea de interés social, de orden público contra la estabilidad de los actos jurídicos”, (páginas 400 y 401).

62.—La aplicación de este principio entre nosotros ya ha tenido lugar, como se observó, en el caso de las leyes de deudas.—Y él tiene fundamento constitucional suficiente en el artículo 26 de la actual codificación, puesto que en él se consagra una norma que, como se dijo antes, encierra la noción de orden público en su más amplio significado; “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

El caso puede ser frecuente especialmente en épocas como la actual que ofrecen una verdadera revolución en la economía de las naciones.—Los hechos económicos sufren naturalmente transformaciones continuas, y como el contrato es por el contrario un elemento estable y en ocasiones de larga duración, el conflicto entre la norma particular y la de interés público o social necesaria en presencia de aquéllos, es muy posible.

La aplicación de la noción de orden público en el caso de la retroactividad de las leyes es menos rígida cuando se trata del orden público económico que del orden público político, porque es más frecuente que el interés público perseguido por el legislador en aquellos casos no haga necesaria la anulación de las convenciones anteriores, pues la aplicación rigurosa de la norma arruinaría el comercio.

Por otra parte, como se dejó observado, el principio consignado en el artículo 1741 de nuestro código según el cual la nulidad debida a una causa u objeto ilícitos es absoluta, no tiene aplicación en todos los casos de violación del orden público, a pesar del texto terminante del artículo 1524.

Puede suceder que la nulidad no afecte sino a una parte del contrato o a una cláusula determinada, aplicándose una consecuencia semejante a la que consagra el artículo 1184 del Código Civil con relación

a la cláusula de no enajenación impuesta en un legado, es decir, se tiene como no escrita, pero vale sin embargo el resto del contrato.—El legislador puede decirlo así; pero en caso contrario le corresponderá al juez estudiar si es posible que subsista el contrato sin las cláusulas anuladas, basándose en la intención de las partes.—En Francia son varias las leyes en las cuales se ha establecido esta nulidad parcial.

Otras veces, por el contrario, el legislador *prohíbe totalmente* el contrato poniendo su objeto fuera del comercio, como sucede con los monopolios y con la venta de drogas heróicas.

O puede suceder también que la *prohibición sea temporal*, como sucede con las medidas de orden transitorio semejantes a las que actualmente tenemos sobre venta de llantas.—O que *se limite a un aspecto* del contrato, como al precio del artículo, ya sea fijándolo en forma absoluta o estableciendo un máximo o un mínimo al respecto.

Y en ocasiones se impone la obligación de vender a determinadas personas, como sucede actualmente en materia de hierro, llantas, etc., en que los comerciantes que tengan existencias no pueden negarse a venderles a las personas que presenten un permiso oficial.

Y puede suceder, por último, que en la ley se *fije un término* para el ejercicio de la acción de nulidad, o *que se limite dicha acción en favor de una de las partes* ya que en ocasiones el legislador trata de establecer una orden especial que es útil únicamente a una categoría de contratantes, por ejemplo, a los arrendatarios, a los trabajadores, a los asegurados, a los pasajeros o dueños de mercancías transportadas, etc.—Y entre nosotros es todavía más posible, por cuanto el artículo constitucional transcrito habla de interés público o social, es decir, de interés general para la colectividad o para una parte de ella o una clase determinada.

No quieren decir sin embargo estas restricciones al principio general consagrado por los artículos 1524 y 1741, que la nulidad en estos casos no sea absoluta, porque es motivada por objeto o causa ilícitos, de modo que queda fuera del arbitrio de las partes y no se sana por la prescripción de diez años; se trata de una nulidad absoluta pero limitada de acuerdo con los mandatos del legislador.

63.—De lo expuesto se comprende hasta qué punto ha generalizado y ampliado el derecho moderno la noción de orden público y cómo ha llegado a ser un factor trascendental en la obra de limitar la autonomía de la voluntad, por intermedio de la teoría de la causa.—Pero a pesar de la importancia y multiplicidad de esta función, no deben confun-

dirse las dos nociones.—La noción de orden público es de una aplicación general en todo el derecho y de ahí la razón de la existencia del artículo 16 del Código; identificarla con la teoría de la causa equivale a limitar su campo de acción y a hacer inútil el texto de este artículo.—De ahí que la encontremos en muchas leyes que no miran a los actos jurídicos, como por ejemplo las que establecen limitaciones y condiciones de extinción nuevas a los derechos reales, para el efecto de darles una aplicación general aún sobre aquéllos que con anterioridad han ingresado definitivamente en el patrimonio de las personas.—Como dice expresamente el artículo 26 de la Constitución, tantas veces citado, el interés público, que está representado en el orden público, prefiere al interés particular radicado en toda clase de derechos, no solamente en los que tengan como fundamento un acto contractual.

— f —

CAPITULO XI

LA NOCION DE BUENAS COSTUMBRES

64.—Al lado de la noción de orden público y con la misma finalidad de establecerle una limitación a la autonomía de la voluntad, trae el Código la noción de buenas costumbres.—El artículo 6 del código francés y el 16 del nuestro prohíben, como se vio, derogar por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y *las buenas costumbres*.

Se trata de darle un valor imperativo a las leyes que tengan por función la defensa de las buenas costumbres, creando con ellas una barrera a la libertad individual.—Y por lo que se refiere especialmente a los contratos, los artículos 900 y 1172 sobre la condición; 1133 sobre la causa y 1387 sobre las convenciones matrimoniales, en Francia, y los artículos 1532 y 1538 sobre condiciones, 1518 sobre objeto y 1524 sobre causa, en Colombia, consagran la noción como una forma de limitación a la libertad contractual.

Naturalmente, como sucedió en materia de orden público, el criterio individualista clásico de los intérpretes del Código poseídos por la filosofía del siglo XVIII, los llevó lógicamente a procurar restringir la noción de buenas costumbres para el efecto de hacer menor su aplicación, ya que es una limitación al principio de la soberanía de la voluntad individual.

El artículo 6 pasa inadvertido para muchos comentadores; para otros su existencia es inútil o inconveniente, al menos en cuanto se refiere a las buenas costumbres (Demolombe, Huc.) Otros más, si bien la aceptan, la entienden en un sentido rigurosamente legal. Para Baudry Lacantinerie, las buenas costumbres no existen sino “en tanto que ellas son determinadas por la ley positiva”... Aubry y Rau traen una enumeración de las convenciones que creen contrarias a las buenas costumbres.—Huc. no acepta como reglas morales sino las reconocidas por las leyes

positivas.—Y ninguno de ellos trata de establecer una noción de conjunto que permita considerarlas con independencia de un texto legal; únicamente Aubry y Rau tratan de dar un concepto general diciendo que se violan las buenas costumbres, siempre que la prestación prometida por una de las partes consiste en el cumplimiento de un hecho ilícito en sí, pero en realidad incurren en una petición de principio, ya que queda por saber qué se entiende por hecho ilícito. (Oprea: Ensayo sobre la noción de las buenas costumbres en las obligaciones en derecho civil alemán.—Cita de Julien Bonnetcase; Estudios a la memoria de Henri Capitant, pags. 97-98).

Como dice el Profesor Ripert: “Verdaderamente, todo debía disgustar en este texto colocado a la cabeza del Código Civil a la Escuela de la exégesis, tanto la restricción que entraña al derecho natural de contratar, como la impresión de la fórmula por la cual pretende imponer dicha restricción”. (La regla moral— N.º 23).

65.—La doctrina moderna reaccionó contra esta concepción estrecha, como lo hizo en materia de orden público.—Capitant fue uno de los primeros en reivindicar el valor general de la noción, haciendo de ella una aplicación de la noción de causa pero entendida en el sentido clásico de instrumento legal para la limitación de la libertad contractual y al mismo tiempo del poder de investigación del juez sobre los actos jurídicos.—En su obra “De la causa de las obligaciones”, N.º 107, dice lo siguiente:

“Según los términos del artículo 1131, la obligación que tenga una causa ilícita no puede tener ningún efecto.—El artículo 1133 agrega, a título de explicación, que la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria al orden público y a las buenas costumbres.

“Una parte de la doctrina niega la utilidad de estos textos, y sin embargo ellos tienen, en la práctica, una gran importancia.—Son ellos los que permiten a los tribunales anular todas las convenciones ilícitas o inmorales; y por tanto son muy frecuentemente aplicados por las decisiones judiciales.—Su fórmula es en efecto comprensiva, contempla no solamente lo que está expresamente prohibido por la ley, sino también lo que es contrario al orden público y a las buenas costumbres.—Son dos artículos fundamentales, verdaderos guardianes del interés general y de la moralidad pública”.

Sin embargo Capitant comete el doble error de considerar el artículo 6 (16 de nuestro código) como de un alcance limitado, al no reco-

nocerle el efecto de poder anular una convención sin que se viole una norma legal determinada, y de reducir la noción de buenas costumbres al terreno contractual.—Respecto de lo primero, ya se dijo que la opinión de los autores modernos es la opuesta; para Capitant únicamente en virtud de los artículos 1131 y 1133 (1524 de nuestro código) es posible llegar a aquella conclusión, mientras que para Ripert, Bonnetcase, De la Morandiere, etc., estos artículos son simplemente una aplicación del principio general consagrado en aquél.— En cuanto a lo segundo, veamos lo que dice Oprea en su libro citado anteriormente:

“La noción de buenas costumbres en derecho civil francés, nos parece dominada en su origen por la teoría de la causa; sabemos en efecto, cómo esta teoría, en su acepción clásica, era considerada como un límite impuesto por la ley a la libertad de contratar y a los poderes de investigación del juez.

“Es lógico, por lo tanto, no buscar la noción de buenas costumbres sino en el contrato y, lo que es lo mismo, dando un paso más lejos, en la ley. Esta manera de razonar nos parece además propia de la más pura escuela de la exégesis; no son considerados contrarios a las buenas costumbres sino los atentados señalados como tales por la ley y violados en el marco del contrato mismo, por los medios y elementos técnicos, previstos a este efecto por la ley”. (Cita, Bonnetcase. O. cit. pág. 96).

Capitant, por consiguiente, no obstante que exige una mayor atención para la noción y le da mayor importancia, no alcanza a salirse de la concepción exegética.

Entre los autores clásicos, Laurent presenta un concepto que puede tenerse como precursor de las ideas sociológicas de nuestra época.— El confunde las buenas costumbres con el interés general y les da un valor moral pero en el sentido de una moral pública, variable según cada época.—Dice textualmente: “Hay en cada época de la vida de la humanidad una doctrina sobre la moral que la conciencia general acepta, salvo disidencias individuales que no importan; en este sentido se puede decir que hay siempre una moral pública”.—T. I N.º 56).

66.—Pero todos los autores mencionados colocan la noción de buenas costumbres dentro del cuadro del contrato y de la ley.—Los autores modernos, por el contrario, la buscan fuera del contrato, ya sea en los hechos sociales o en el fuero interno de los contratantes; son éstas las dos opiniones que actualmente se disputan la supremacía; la primera está representada por la llamada escuela sociológica francesa,

y la segunda tiene como principal defensor a Georges Ripert.

Para la escuela sociológica francesa, las buenas costumbres son la moral a la luz de los hechos sociales.—Su concepción, como se ve, no es rígida ni inmodificable, puesto que los hechos sociales son realidades exteriores al individuo y en consecuencia varían y se transforman. Las buenas costumbres vienen a ser los usos imperantes en cada Estado, cuya presencia se registra en la opinión pública y que tienen por consiguiente una existencia objetiva.

Los dos principales miembros de esta escuela son Demoge y Savatier.—Para el primero, “las buenas costumbres no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino según los hechos y la opinión común”.—Sin plantear la cuestión de la causa, afirma que: “todas las veces que el fin directo perseguido es contrario a las leyes o a las buenas costumbres, hay nulidad”, y que para conocer ésto basta con estudiarlo de acuerdo con la opinión pública.—De aquí se deduce, como lo observa Ripert (Obra cit. N° 38), que la opinión pública es creadora de reglas morales, y llega hasta decir que un acto es válido cuando esta opinión no lo condena aun cuando sea en sí mismo reprochable.—(Demoge: Tratado de las obligaciones, T. II, N° 773 bis).

Por su parte Savatier afirma que el problema de saber si una obligación o la convención que le da nacimiento es inmoral, “es una cuestión de hecho; que ninguna metafísica universalmente adoptada y ninguna fe religiosa universalmente reconocida permitirían hoy día hacer de la moral una determinación absoluta y racional aceptada por todos; que es necesario contentarse con una determinación relativa y experimental... la moral será lo que la conciencia media de la nación considerara como tal” (Cita de Bonnet, Ob. cit. pag. 99).

Ripert critica duramente la concepción sociológica.—Afirma que con ella se le quita toda firmeza a la regla moral, puesto que se la convierte en simple fórmula de prácticas inspiradas por el juego de las pasiones humanas; que la repetición de un acto inmoral y su aceptación por la opinión pública, no lo reviste de moralidad ni lo vuelve lícito, aun cuando la inmoralidad llegue a ser costumbre.—Afirma, en contradicción con Demoge, que la regla moral es la norma de conducta dictada por un ideal humano o divino, y que la existencia de esa regla moral es un hecho tan científico como la existencia de la ley civil.—Para él las buenas costumbres son las reglas morales que los muchos siglos de moral cristiana han impuesto a la sociedad.—(Obra cit. pag. 77, 78).

Sin embargo, Ripert no dice tampoco cuál es ese ideal moral y se limita a afirmar que está lleno de incertidumbres.—(idem. pag. 78). Por otra parte, no puede desconocerse que las reglas morales varían en los distintos países, que no son inmodificables y absolutas.

Pero el concepto de Ripert es cierto en sus fundamentos generales, en cuanto ve en las buenas costumbres una noción moral, y Colin y Capitant están de acuerdo con él en esto, y, sin tratar de dar una definición, dicen simplemente que para ellos no hay duda de que “las buenas costumbres es la moral”.—(Curso de Derecho Civil.—T. I, pág. 62, 63).—También Planiol, Ripert y Esmein participan del mismo concepto, pero para ellos no es posible desconocer la influencia que en la moral tienen las condiciones de vida distintas de cada sociedad.—Traen estos autores a este respecto un párrafo que es muy interesante conocer:

“Es evidente que las reglas morales imperantes en las sociedades humanas no son todas inmutables.—Sobre ciertos puntos fundamentales, han existido y existen, en las distintas sociedades divergencias considerables de opinión; así por ejemplo, en materia de condiciones de las relaciones sexuales, o de la honestidad de las ventas y relaciones comerciales, o del juego.—Por ello, es difícil de concebir un juez colocándose en abierta contradicción con un uso plenamente consagrado por la práctica de su país.—Pero existe un cuerpo común de doctrina moral, tomado por las naciones europeas de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, sobre el cual las divergencias son mínimas y van atenuándose con el tiempo.—En cuanto a las reglas morales esenciales, los hechos contemporáneos nos muestran que, por lo general, las naciones civilizadas concuerdan y por excepción disienten”. (T. 6 N° 229).

Y para que el juez pueda conocer cuál es la opinión predominante que debe hacer respetar, aconsejan estos autores recurrir a la opinión de los elementos sanos de la población guardianes de las antiguas tradiciones, sometidas ya a prueba, no al concepto de las masas cuando éstas se desvían manifiestamente, porque de lo contrario se llegaría a la consagración de numerosas prácticas inmorales, toleradas y aún favorecidas por la mayoría.

67.—Ahora, estudiando el problema de acuerdo con nuestro derecho positivo, se tiene que, en Colombia, no puede haber duda acerca de que el contenido de la noción de buenas costumbres lo forman las reglas de la moral cristiana, porque así lo ha dispuesto expresamente el

legislador.— En efecto, el artículo 13 de la ley 153 de 1887, dice lo siguiente:

“La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

Luego, en Colombia, las únicas costumbres que constituyen normas obligatorias de conducta, son las que se conforman con la moral cristiana.—De lo que puede deducirse una doble consecuencia: que para que un acto sea contrario a las buenas costumbres no es necesario que exista una disposición legal que lo prohíba, y que no puede presentarse el caso de que siendo un acto contrario a una costumbre general y conforme con la moral cristiana pueda ser considerado como válido, a pesar de que se haya generalizado en la sociedad.

68.—En cuanto a la aplicación de esta noción a las convenciones se tiene que, por lo general, es un límite impuesto a las voluntades particulares en el momento de concertar su convenio; todo contrato celebrado con violación de las buenas costumbres es nulo, entendiéndose que lo es cuando su causa está en contradicción con ellas.—Es la noción de causa la que sirve, como se indicó atrás, para examinar la moralidad y legalidad de los contratos.—Pero también puede presentarse el caso de que un contrato a pesar de haber sido considerado lícito en el momento de su celebración, con posterioridad llegue a ser anulable por razones de moralidad, es decir, como violatorio de las buenas costumbres, y en nuestra legislación existe una disposición legal que así lo autoriza: “Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad públicas restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato”, dice el artículo 18 de la ley 153 de 1887.—Aun cuando en este caso se trata más bien de darle aplicación retroactiva a una ley de orden público.—Pero puede suceder que un acto o contrato sea tolerado las primeras veces que se presente, que en ese momento no se le considere ilícito, pero que una vez generalizado llegue a constituir un peligro para la moralidad o las buenas costumbres y que entonces sea llevado a la revisión del juez.—No será necesario por consiguiente que el contrato haya sido reprobable en el momento de celebrarse; basta con que lo sea en el momento de ser examinado por el juez.

Las aplicaciones prácticas de esta noción son innumerables, existiendo ya una rica jurisprudencia sobre el particular, como se verá al tratar en el capítulo siguiente de la noción de la causa de las obligaciones.

CAPITULO XII

EVOLUCION DE LA NOCION DE CAUSA

69.—La noción de la causa en los actos jurídicos, que constituye una de las materias más estudiadas y más discutidas del derecho, tuvo su origen en las concepciones de los canonistas que procuraron revestir al pacto de un mayor valor con fundamento en su contenido moral. Pero fue la idea de que en las convenciones, salvo el caso de liberalidad, la eficacia del acuerdo de voluntades o consentimientos está subordinado a la obtención por parte de cada contratante de la contra-prestación en consideración a la cual concertó su obligación, la que dio propiamente nacimiento a la noción de la causa. Fue Domat quien en el siglo XVII presentó esta doctrina en forma definitiva, sosteniendo que, cuando no hay intención liberal, la obligación que se forma en favor de uno de los contratantes tiene siempre su causa en la otra, y que esa obligación sería nula si en realidad careciera de causa.

Más tarde Pothier presentó en forma más completa la noción, en un párrafo que, como observan Planiol y Ripert (T. 6 N° 250), inspiró a los redactores del Código de Napoleón. Dice así: “Toda obligación debe tener una causa honesta. En los contratos *interesados* la causa de la obligación contraída por una de las partes es lo que la otra le dé o se obligue a darle o el riesgo que acepta correr. En los contratos de *beneficencia*, la liberalidad que una de las partes quiere hacer en favor de la otra es causa suficiente de la obligación que contrae hacia ella”.

Tal el origen del artículo 1131 del Código de Napoleón, según el cual “La obligación sin causa, o que tenga una causa falsa, o una causa ilícita, no puede tener ningún efecto”. Para los redactores del código, como para sus intérpretes exégetas, esta disposición no podía tener sino un sentido puramente contractual y objetivo; es decir, no podía significar sino que dentro del cuadro mismo del contrato se encuentra la causa, y que por tanto si bien no se podía estipular en el

contrato una obligación ilícita, limitándose en esta forma la autonomía de la voluntad por la ley, el orden público y las buenas costumbres (Art. 1133), al mismo tiempo se estaba imponiendo al juez la obligación de limitarse en el examen de su validez por razón de la causa, al estudio formal del contrato sin pretender intervenir en el fuero interno de las partes.

Se le da a la obligación de cada parte, como lo dice Demolombe, por causa la obligación de la otra, y en los contratos unilaterales se tiene como causa la entrega de la cosa. Se coloca la noción dentro del círculo contractual rigurosamente. Así dice Huc terminantemente: “los motivos de una convención deben permanecer jurídicamente indiferentes”, puesto que “una tal invasión de la conciencia es inadmisibles en una sociedad laica” (Cita de Ripert: La regla moral... N° 32).

Tanto con esta concepción que ve en la obligación en sí de cada contratante la causa del otro, en forma abstracta, como cuando se la busca en la idea económica de la equivalencia de las prestaciones dadas y recibidas, se llega lógicamente a eliminar toda consideración acerca de los motivos del contrato.

70.—Naturalmente, una tal concepción de la causa daba por resultado que en realidad ninguna ventaja o utilidad se dedujera de su existencia, y de ahí que se formularan críticas violentas en su contra. Fue el Profesor Ernst, de la Universidad de Lieja, quien formuló primero la llamada doctrina anticausalista, en el año de 1826. Y más tarde Laurent la presentó de nuevo con mayor éxito, obteniendo numerosos partidarios entre los cuales sobresale Planiol.

Los principales argumentos de estos autores son éstos: que no es posible lógicamente considerar que en los contratos sinalagmáticos la obligación de una parte es la causa de la obligación de la otra, puesto que como nacen simultáneamente, se presentaría un círculo vicioso; y que la noción de causa de las obligaciones es inútil, no conduce a nada, puesto que siempre que se hable de ausencia de causa o de causa ilícita, se está en realidad hablando de ausencia de objeto o de objeto ilícito: luego basta con la existencia de la noción de objeto.

Evidentemente, la forma como se presentaba la noción por los exégetas, daba lugar a las críticas anteriores. Así entendida, la causa revestía, como lo analiza Josserand, las características siguientes: (Curso de Derecho Civil, T. II N° 131).

1).—Era una noción de causa de las obligaciones y nó de causa de los contratos;

2).—Se encuentra en una relación inmediata y directa con la obligación, es la *causa próxima*;

3).—Hace parte integrante del contrato del cual representa uno de sus elementos constitutivos; es, por tanto, algo intrínseco, que no puede buscarse sino dentro del cuadro del contrato; en consecuencia, cada tipo de contrato tiene una misma causa abstracta, dotada de un valor orgánico, idéntico en todos los casos, y, por otra parte, la falta de causa entrañaría la inexistencia misma del contrato, que nacería muerto, de acuerdo con la distinción hecha en Francia entre inexistencia y nulidad absoluta.

71.—Por un tiempo se creyó que evidentemente la noción de causa debía considerarse abolida del derecho de las obligaciones, y la doctrina anti-causalista predominó hasta el año de 1923 en que apareció la primera edición de la obra de Capitant titulada: “De la causa de las obligaciones”. Obra ésta quizás la más fundamental y que mayores consecuencias ha traído para el derecho moderno.

Capitant vuelve por el prestigio de la noción de causa; observa que es debido a la errónea manera de presentarla a lo que se debe su apariencia de inutilidad; que la teoría clásica mutilaba y desvirtuaba completamente su naturaleza, y pone de manifiesto la gran importancia que reviste y las consecuencias prácticas trascendentales que la jurisprudencia había obtenido ya gracias a ella, en el control de los contratos afectados de inmoralidad o violatorios del orden público.

Rechaza la afirmación de que cada obligación constituye la causa de la obligación de la contra-parte, y avanzando más, sostiene que en los contratos sinalagmáticos la causa es para cada contratante nó la obligación del otro, sino la *ejecución*, el cumplimiento de esa obligación o, lo que es lo mismo, la obtención del beneficio perseguido al contratar. Y entonces refuta la primera objeción formulada por los anti-causalistas, diciendo que, como se trata de una causa final, nada impide que esos dos hechos futuros constituyan las causas determinantes de la voluntad de los dos contratantes. Así, por ejemplo: en el contrato de venta, la causa para el vendedor es la ejecución de la obligación por el comprador, es decir, la entrega del precio acordado; y para éste lo sería la entrega de la cosa y la transferencia de su dominio. Y en un contrato de arrendamiento, la causa para el arrendador sería el pago efectivo del canon, y para el arrendatario la entrega de la cosa por aquél, y nó simplemente la existencia de las obligaciones respectivas.

Y en cuanto al segundo argumento, se observa que la inexistencia del objeto prometido por una de las partes no impide que la obligación de la otra presente todos sus elementos: la inexistencia de la cosa vendida nada tiene que ver con el objeto de la otra obligación que es entregar el precio, y con mayor razón cuando se trata de objeto ilícito. Sin la noción de la causa no se puede llegar a anular estos contratos.

Pero Capitant no llegó hasta desechar la clásica diferencia entre la *causa* y el *motivo*, que para él es cierta. Más como no quería ponerse en contradicción con la jurisprudencia que ya había en numerosos casos anulado contratos por razón de los motivos inmorales perseguidos por las partes, pretendió conciliar con ella su doctrina recurriendo a una distinción entre *fin* y *motivo*. Dice entonces que la *causa* es el fin del contrato, que "hace parte integrante de la manifestación de voluntad creadora de la obligación", y que el *motivo* es, por el contrario, "la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable en cada individuo".

"Una cosa es el motivo y otra es el fin perseguido. El motivo es anterior al acuerdo de voluntades, él sigue, como lo hemos dicho ya varias veces, permaneciendo en el fuero interior del individuo; por el contrario, la finalidad perseguida está en el porvenir, el contrato se hace para conducir a ella" (Obra cit, pág. 11 y 12).

La causa, para Capitant, hace parte integrante del contrato, mientras que los motivos le permanecen ajenos, son exteriores, contingentes y personales. Y "este motivo psicológico que determina a cada uno a obligarse, no hace parte de su acuerdo de voluntades" (idem. págo 12).

72.—Como se ve, Capitant al refutar a los autores exégetas no logra salirse sin embargo del criterio propio de ellos. En el fondo es una vuelta a la teoría de Huc, según la cual basta la declaración de voluntad y no hay razón de averiguar los motivos por los cuales cada contratante se obliga, como lo observa Ripert (Obra cit. N° 33). Y ya se vio la crítica que le hace el autor alemán Oprea, con motivo de la aplicación de su teoría a la noción de buenas costumbres en este mismo sentido.

Además, cómo se determina ese fin constitutivo de la causa? Capitant resuelve la cuestión dándole el carácter de común a las dos partes, de querido por ellas. No basta con que la una lo persiga y la otra lo conozca. Así, dice: "El motivo, a diferencia del fin, no hace parte del acto de volición del deudor; poco importa aún que el acreedor lo

haya conocido de hecho, ésto no basta para hacerlo ingresar en el contrato. Otra cosa sería si las partes han hecho de él un elemento, es decir, si él había sido para *ambas partes* la razón determinante de su acuerdo" (idem., pag. 12). En ese caso el elemento puede ser exterior al contrato.

Pero, se le objeta: no es posible encerrar en el acto de voluntad un motivo y nó los demás. Y además, el alcance de la noción queda muy reducido y no es posible obtener los fines que con ella persigue y obtiene la jurisprudencia, puesto que no se podrá anular un contrato por inhumano sino cuando ambas partes han perseguido el fin ilícito; mas si solamente una de ellas lo buscaba, aun cuando la otra hubiese tenido conocimiento de él, el contrato será válido.—Se favorecerá la astucia y la mala fé de la parte que no solamente tiene un fin inhumano, sino que sabe engañar a la otra parte para ocultárselo.

Por otra parte, ningún fin es propiamente común de ambos contratantes, porque la voluntad de cada parte recae sobre su propio objeto y persigue sus propios intereses. Puede suceder así que ambos persigan un fin ilícito, pero distinto al de la otra parte, y en ocasiones el fin no es inhumano en sí mismo sino de acuerdo con la intención del contratante, y entonces aun cuando lo hayan perseguido ambos, puede ser lícito para el uno o ilícito para el otro.

Además, una vez probado el motivo suficientemente de manera que aparezca encarnado en el contrato, viene a ser el fin de este contrato, de manera que en el fondo la distinción hecha por Capitant es una simple cuestión de prueba. (Ripert. Obra cit. N° 34).

Cuando un juez declara una nulidad por causa ilícita, en realidad lo que está afirmando es que el motivo determinante del contrato fue un pensamiento o un deseo inhumano, que permanece fuera del contrato y que puede no haber sido compartido por ambas partes. Y no puede decirse que es injusto anularlo en ese caso, porque mayor injusticia habría en mantenerlo a pesar de la inhumano del otro contratante. Y tan cierto es ésto, que la jurisprudencia francesa admite la repetición de lo pagado por un contratante de mala fe. Además la nulidad la puede pedir la parte que ignoraba el hecho ilícito y que posteriormente llega a conocerlo, y no es lógico negarle ese derecho.

Entre nosotros esta cuestión es más clara todavía, ya que por virtud de la reforma de la ley 50 de 1936, es posible pedir la nulidad aún por el contratante que ejecute el contrato sabiendo el vicio que lo invalidaba.

Pero no obstante las críticas anteriores, la obra de Capitant tuvo el mérito de colocar nuevamente la noción de la causa dentro de los elementos esenciales del derecho de las obligaciones, y con posterioridad a ella únicamente se publicó una obra defendiendo todavía el anti-causalismo. Fue ésta el libro del profesor belga Jean Davan. Pero si bien afirma este autor que la noción de causa es inútil, sostiene también la necesidad de construir la teoría de los motivos, de darle al juez el poder necesario para que los analice, los clasifique y distinga entre ellos los que son realmente determinantes para el acto jurídico. De manera que, como lo observa el doctor Eduardo Zuleta Angel (Conferencias de Derecho Civil Especial 1939) Davan llega con otro título a las mismas consecuencias y resultados perseguidos por la moderna teoría de la causa.

73.—El efecto, los autores posteriores a Capitant se encargaron de darle a la noción de causa la aplicación amplia y práctica que reclamaba Davan. Entre estos juristas está principalmente Josserand, y con él Bonnet y Ripert.—Capitant había dejado dos obstáculos por remover: la consideración de la causa como algo objetivo, intrínseco, encerrado dentro del contrato, y la distinción entre fin o causa y motivo.

Contra ellas enderezan sus argumentos estos autores. Muestran cómo es absurdo pretender continuar con esta distinción, que el juez ante quien se plantea un problema de causa ilícita procede necesariamente a la investigación del móvil concreto que haya sido la causa determinante del acto jurídico, y que ese móvil es precisamente la causa del contrato. No importa, por consiguiente, que el motivo esté fuera del contrato o que no haya sido compartido por ambas partes; desde que él ha constituido la razón determinante del acto y es ilícito, la nulidad de éste se impone.

Suprimida de esta manera la clásica diferencia entre motivo y fin o causa, ésta vino a quedar constituida por elementos de carácter extrínseco y de orden subjetivo y psicológico.—Lo importante es saber cuáles de los variados motivos que tiene un contratante pueden tener el carácter de determinantes, para darles a éstos el valor de causa.

Se trata aquí, como lo observa Ripert (Obra cit. N° 35) de un problema de causalidad semejante al que ocurre en materia de responsabilidad civil extracontractual. Y para saber si la causa ha sido ilícita basta con establecer la existencia de uno de ellos que sea inmoral. Así, por ejemplo, cuando una persona le presta dinero a otra para que con-

tinúe jugando, ha podido tener entre sus varios móviles consideraciones de amistad, deseo de hacer un buen negocio, etc., pero basta con que exista el fin inmoral del juego para revestir el acto de una causa ilícita.

Para establecer la existencia de este motivo, no es necesario allegar la prueba intrínseca de la causa inmoral; basta con que esté encarnada en el contrato, de acuerdo con las circunstancias que lo precedieron y lo rodearon en el momento de su celebración.

Esta doctrina tuvo como fundamento la jurisprudencia de los Tribunales franceses, que, como se dijo, venía haciendo respetar, sin el apoyo de ninguna norma legal, las reglas morales propias de la organización social, gracias al estudio cuidadoso de los motivos determinantes del acto, al examen del corazón de los contratantes, como se ha dicho.

Se observa que de esta manera se practica una invasión reprochable en el fuero interno de las personas. Pero, por una parte, si bien el derecho debe regular únicamente los hechos externos, no obsta esto para que una vez que uno de estos hechos se presente, por ejemplo en una declaración de voluntad, se busquen los motivos ocultos que lo determinaron para poder valorar su contenido moral; y, por otra parte, se justifica también este examen por cuanto se hace en defensa del orden público y de las buenas costumbres.

Ripert ha hecho una síntesis de los preceptos morales cuya contravención afecta a los contratos en su causa, haciéndola ilícita, que es interesante conocer:

“Recorriendo —dice— las decisiones de los tribunales, he aquí los preceptos que se pueden elaborar y presentar bajo una forma imperativa: no dispondrás de la vida, del cuerpo, de la libertad de tu prójimo para fines inútiles; tú mismo respetarás tu vida y tu cuerpo; no pretenderás sacar provecho de tu libertinaje o del de otra persona; no te enriquecerás injustamente por el juego o el azar, por la astucia o la fuerza o por el engaño aun cuando no sea punible; no harás por interés lo que debieras hacer por deber; no estipularás remuneración por aquellos actos que no deben pagarse; no adquirirás a precio de dinero una impunidad culpable” (Obra cit. N° 30).

74.—Tal ha sido la evolución que la doctrina de la causa ha tenido en el derecho francés. Veamos ahora qué alcance ha de tener en Colombia de acuerdo con nuestros textos legales y con las adquisiciones de la doctrina moderna que puedan ser aplicadas a ellos.

El Código de Bello consagró un solo artículo a la materia de la causa, pero sin embargo su técnica fue muy superior a la del Código de Napoleón; se hace en él una reglamentación completa de la materia y se introduce una definición de causa que, a diferencia de lo que comúnmente sucede con éstas, es de gran utilidad y de inmensa importancia. Dice así:

“Artículo 1524:—No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

Como se ve, nuestro código trae una definición de causa que es exactamente igual a la que la doctrina y la jurisprudencia francesas le dan hoy día, ya que es lo mismo hablar de “motivo determinante” que de “motivo que induce al acto o contrato”, porque éste es precisamente el motivo determinante. Sin embargo hasta hace unos diez años imperaba entre nosotros el criterio clásico sobre apreciación de la causa, en una forma casi general e indiscutida, y si alguna opinión distinta se presentaba era para acogerse a las ideas anti-causalistas.

A pesar del texto legal claramente en contrario, la jurisprudencia y la doctrina venían haciendo la distinción entre causa y motivo determinante, encerrando aquélla dentro del cuadro estricto del contrato y desentendiéndose de los motivos que habían realmente inducido a celebrarlo. Con un instrumento legal que le abría al juez el fuero interno de los contratantes para facilitarle la investigación de la moralidad del contrato, y que le obligaba absolutamente a hacerlo para poder darle aplicación, nuestros intérpretes prefirieron seguir con años de retardo el criterio de los expositores franceses de la escuela exegetica.

Se tacha a quienes tratan de introducir entre nosotros las conquistas del derecho moderno y especialmente del derecho francés de pecar contra la nacionalidad de nuestro ordenamiento jurídico; de “afrancesados” especialmente. Pero no se cae en la cuenta de que nuestros exegetas no son sino simples discípulos de los exegetas franceses y que su pretendido derecho nacional no es otra cosa que la aplicación

de la doctrina francesa; pero con un agravante, que esa doctrina es la expuesta por la vieja y caduca escuela de Baudry-Lacantinerie. Lo que sucede es que dada la similitud de los dos códigos en muchas de sus partes y el origen del nuestro, para comprenderlo y estudiarlo debidamente en esas partes, no sólo es posible recurrir a las adquisiciones aportadas por los grandes juristas franceses y por la jurisprudencia de este país, sino que es en ocasiones necesario. Y en materia de causa, se repite, siempre hemos estado aplicando las doctrinas francesas, y son quienes pretenden encastillarse en el concepto clásico los que bajo pretexto de darle acogida a una tesis extranjera se olvidan de nuestros textos legales.

Es al doctor Eduardo Zuleta Angel, principalmente, a quien se debe el mérito de haber sacado a nuestro derecho de su viejo error en esta materia, como en otras muchas, gracias a su labor en la cátedra y en la magistratura de la Corte Suprema.

El artículo 1524 identifica la causa con el motivo determinante; no hay, por consiguiente, razón alguna para que se haga entre nosotros una distinción entre las dos nociones. Y si la causa es el motivo que induce al acto o contrato, necesariamente no puede el juez limitarse a examinarla dentro del marco del contrato porque en él aparece únicamente el acuerdo de voluntades pero no el fin realmente perseguido. El ejemplo mismo puesto en el artículo está diciendo que es necesario analizar la moralidad del fin perseguido para saber si la causa del contrato es lícita. En efecto, se dice que tiene una causa ilícita, “la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral”; y naturalmente ésto será así no sólo cuando se haya estipulado claramente en el contrato el fin inmoral, sino aún en el caso, que será lo frecuente, de disfrasarse por medio de una donación o de un arrendamiento de servicios, etc..

Y, en todo caso, la definición no deja dudas al respecto. Para poder hacer una distinción entre causa y motivo, se requiere violar el texto claro del artículo.

La Corte Suprema, desde el año de 1932, en repetidos fallos, ha hablado de causa como de los motivos determinantes del acto o contrato, el primero de los cuales fue el de 30 de noviembre de ese año, publicado en la Gaceta N° 1901 y 1902. Puede decirse, que hoy la tesis generalmente aceptada por la doctrina es también ésta, aun cuando no faltan quienes continúan creyendo en la infalibilidad del concepto clásico.

75.—Pero es necesario hacer aquí una observación de mucha importancia. La teoría del móvil determinante no ha eliminado el concepto de contra-prestación en los contratos a título oneroso. El principio sostenido por Capitant, según el cual, la ejecución de la obligación por cada contratante es la causa de la obligación del otro, no ha sido suprimido sino únicamente adicionado por aquella teoría. En realidad de verdad, lo que sucede es que el concepto de Capitant sirve únicamente para estudiar el caso de nulidad de los contratos por falta de causa o por extinción de su causa, pero es insuficiente para el análisis de los casos de causa ilícita. Mas por otra parte, para el primer caso es indispensable tener en cuenta aquel concepto. Como lo dicen Planiol y Ripert (T. 6 N° 252), sigue siendo fundamento de la exigibilidad de las obligaciones “el principio elemental de justicia según el cual, en el comercio jurídico a título oneroso, no es admisible que se reciba algo sin dar nada en cambio”.

Para la vida del contrato es necesario, como lo dice Capitant, que la obligación de cada parte tenga como fundamento o soporte la ejecución de la obligación de la otra. No se concibe cómo pueda ser una de ellas obligada a cumplir su prestación cuando la otra no quiere o no puede cumplir la suya. Para la existencia de la obligación es necesaria la existencia de la contra-prestación, pero para conocer su valor a fin de saber si es suficiente para establecer el equilibrio de la obligación, se debe estudiar el móvil concreto e individual perseguido por los contratantes, es decir, hay que atenerse al juicio y a la prudencia de los interesados en el momento en que se contrae la obligación (Planiol y Ripert. N° 252). Y para determinar si esa causa, cuya existencia está establecida, es lícita o ilícita, hay que analizar la calidad de los móviles que en realidad han influido en la determinación de cada contratante.

En los dos casos anteriores tiene importancia el estudio de los elementos psicológicos, pero en el primero de ellos se parte de la base de la existencia de la contra-prestación. Si ésta no existe, el contrato no puede tener vida ninguna pero si existe, se debe estudiar todavía cuál es su valor, porque si es irrisorio se considera inexistente. De ahí que se diga que la contra-prestación debe ser seria. No quiere decir esto que deba haber una equivalencia real entre las dos obligaciones; basta con que sean suficientes, para que se admitan como causa aunque exista entre ellas una diferencia considerable.

E igualmente, en el análisis de la existencia de la causa se tiene en

cuenta la intención de las partes en caso de incumplimiento parcial o retardado de la obligación, para el efecto de saber si su importancia es tal como para dejar al contrato sin causa y admitir en consecuencia su resolución, o si únicamente debe imponerse una reducción en la obligación correlativa.

No es que, como sostienen Planiol y Ripert (T. 6. pag. 356) deba hacerse una separación absoluta entre la doctrina de los móviles ilícitos o inmorales y la de la causa; lo que sucede es que dentro de la teoría general de la causa hay que distinguir la cuestión de la inexistencia de la causa y la de la causa ilícita o inmoral, pero ambas forman parte de la misma concepción. Y entre nosotros esta conclusión es obligatoria, ya que existe una definición legal por la cual se identifica el motivo con la causa, no siendo posible por tanto separar de ella el estudio de los móviles ilícitos o inmorales determinantes del acto o contrato.

76.—Veamos ahora en qué forma tiene incidencia la noción de la causa, entendida como se deja expuesto, en la vida del contrato. Pueden considerarse a este respecto dos cuestiones: aplicación de la noción en el momento de celebrarse el contrato, y su aplicación en el tiempo que medie entre su celebración y su ejecución completa.

Por lo que se refiere al primer caso no existen dudas de que es la causa uno de los elementos indispensables para la formación del contrato, y así lo dice expresamente el artículo 1524 y los artículos similares del código francés. Todo contrato que adolezca de falta de causa o de causa ilícita es nulo. Pero es necesario distinguir los dos casos. El contrato que crea una obligación ilícita o inmoral para una de las partes no es anulable por falta de causa; y así vemos que en los casos de promesa de una remuneración por abstenerse de ejecutar un acto ilícito o por cumplir uno que se debe ejecutar por deber, y en el caso de préstamo de dinero para un fin ilícito o inmoral, no se puede alegar la ausencia de causa, sino su calidad de ilícita. Únicamente en el caso de la obligación para realizar un acto ilícito a cambio de dinero, como aquella obligación es nula, ésta carece de contra-prestación y, por consiguiente, de causa. Fero sin embargo, si el acto ilícito ya se cumplió y su autor exige la remuneración, ya no es posible alegar la falta de causa. (Planiol y Ripert. N° 276).

En cuanto a la clase de nulidad ocasionada en estos casos, no hay duda de que cuando se trata de causa ilícita es absoluta, y así lo dice

expresamente el artículo 1741 del Código. Pero cuando se trata de ausencia de causa, la cuestión no es ya tan clara.

Sostienen algunos que la nulidad es absoluta. Por su parte Planiol y Ripert afirman que la nulidad de la obligación que carece de causa no es absoluta, y presentan en defensa de su tesis los siguientes argumentos: que la nulidad no puede ser alegada sino por aquél de los contratantes que se hubiese obligado sin recibir ninguna contra-prestación, cuando no hay ausencia o vicio de consentimiento o incapacidad, y que nada se opone a la ratificación (T. 6 N° 263).

Los argumentos de estos autores son muy convincentes. Si no se acepta que pueda ejercitarse la acción de resolución por incumplimiento sino por la parte perjudicada y nó por el autor del incumplimiento, las mismas razones existen para que si el contratante que ha recibido una contra-prestación irrisoria se considera beneficiado con ello o tiene interés en conservar el contrato, no se acepte la acción de nulidad intentada por la parte que sí ha recibido una contraprestación suficiente. Y tampoco se comprende que en este caso pueda el juez de oficio declarar la nulidad aún apareciendo manifiestamente en el contrato. La otra razón no tiene aplicación entre nosotros, en vista de que la ley 50 de 1936 admite la ratificación de nulidad absoluta, cuando no se funda en objeto o causa ilícitos.

La importancia de la cuestión es, pues, muy clara, tanto por lo que dice a los posibles sujetos de la acción, como con relación al término de la prescripción, Nuestro código establece el principio general de que toda nulidad es relativa, salvo aquéllas que la ley considere como absolutas (art. 1741, inciso 3). Estas nulidades son, pues, de interpretación taxativa y así lo ha dicho repetidas veces la Corte Suprema, y en la enumeración que de ellas hace el mismo texto habla únicamente de "nulidad producida por objeto o causa ilícita" Luego si consideramos que el mismo código entiende como dos hipótesis distintas la de ausencia de causa y la de causa ilícita (Art. 1524, inciso 2°) hay que concluir que en el primero de estos casos no se produce sino una nulidad relativa.

La Corte Suprema de Justicia no tiene una jurisprudencia a este respecto o por lo menos no conozco ninguna sentencia en la que se haya pronunciado sobre este problema.

77.—Pero no solamente en el momento de la celebración del contrato tiene aplicación la noción de causa, como se dijo. Durante todo el tiempo en que se producen sus efectos, es decir, hasta la ejecución

completa de las obligaciones que genera, es fundamental para su vida la existencia de este elemento y son de gran importancia las aplicaciones que de dicha noción pueden hacerse.

En los contratos sinalagmáticos, en donde las prestaciones no se cumplen siempre en el momento de perfeccionarse el contrato, puede suceder muy bien que el equilibrio formado por la existencia de las contra-prestaciones se rompa con posterioridad a su formación. Hay lugar entonces a aplicar la noción de causa, con el objeto de salvar el principio elemental de justicia de que nadie puede ser obligado a dar sin recibir en cambio, y que cada contratante ha tenido como finalidad esencial el cumplimiento de la obligación por el otro. Y precisamente para estos casos es cuando reviste mayor importancia la distinción enunciada entre la ausencia de causa y la causa ilícita.

Son tres las hipótesis que a este respecto pueden presentarse: 1).—Incumplimiento imputable al deudor, pero todavía posible de subsanar y deseado por el acreedor, quien se limita a demorar por su parte la ejecución de la prestación, oponiendo la "excepción non adimpleti contractus"; 2).—Incumplimiento imputable al deudor que da origen a la petición de resolución del contrato por el acreedor; 3) Incumplimiento no imputable al deudor y consecuente problema de saber a cuál de los dos contratantes le corresponde sufrir los riesgos, o aplicación de la llamada teoría de los riesgos en el contrato.

78.—*Primer caso.*—Exceptio non adimpleti contractus.—Celebrado válidamente el contrato, una de las partes exige de la otra el cumplimiento de su obligación pero ésta a su vez alega como razón para hacerlo, la circunstancia de que la otra por su parte no ha ejecutado su prestación. Opone, pues, la excepción de incumplimiento.

Esta excepción, a pesar de la denominación latina con que comúnmente se la conoce, no tuvo su origen en Roma, en donde no se conoció como principio general. Fueron los canonistas quienes basados en el principio de la correlación entre las obligaciones recíprocas nacidas de un mismo acto jurídico, constituyen el principio, que fue luego recogido por los post-glosadores y denominado en la forma dicha. El Código francés, sin embargo, no consagró el principio, debido a que por influencia de Cujas y su escuela la jurisprudencia se había limitado a darle aplicación a los textos romanos que la consagraban únicamente para determinados casos. (Planiol y Ripert. T. 6 N° 239). Existen sí textos que para ciertos casos consagran la excepción, tales como los arts. 1612, 1613 y 1653 sobre la venta, y 1948 para el depósito. Y la

jurisprudencia ha hecho una aplicación constante de la teoría, acogiendo las ideas expuestas a este respecto por Saleilles en derecho alemán, pero sin reconocer expresamente el principio general, como sí lo hacen los autores.

Nuestro código, por el contrario, como el código alemán, consagra en forma expresa y general el principio en el artículo 1609: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

La aplicación de este principio tiene lugar no sólo en los contratos sinalagmáticos perfectos, sino también en los imperfectos y en general siempre que existen obligaciones conexas, aún de origen legal, precisamente porque se fundamenta en el criterio de la justicia conmutativa y en la obligación de la buena fe que se imponen las partes al contratar. Pero debe tenerse en cuenta que no son correlativas sino aquellas obligaciones consideradas conjuntamente por las partes en el momento de celebrarse el contrato y que se originan de éste; es decir, las que forman parte de la contra-prestación que cada parte tiene en cuenta al obligarse y que nacen del mismo acto.

La excepción es, como se dijo, una consecuencia de la noción de la causa; pero entre nosotros por la circunstancia de estar consagrada expresamente en el código, tiene existencia independiente de ella y no es necesario por tanto recurrir al artículo 1.524 para aplicarla.

79.—*Segundo caso.*—Resolución por incumplimiento.—En el caso anterior se está en presencia de la hipótesis de que el acreedor desea el cumplimiento de la prestación por el deudor y de que éste es posible aún. Pero puede suceder que o bien el cumplimiento se haya hecho imposible o que al acreedor ya no le interese ni le convenga, y en consecuencia intenta la acción de resolución del contrato. Se supone además que ha existido culpa del deudor, porque si el incumplimiento no le es imputable hay lugar ya a aplicar la teoría de los riesgos.

Tanto el Código Francés como el Colombiano consagran expresamente la condición resolutoria en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpla sus obligaciones. Dice así el artículo 1546: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado". Exactamente lo mismo dice el artículo 1.184 del Código Francés.

Naturalmente, es el contratante perjudicado quien debe decidir

si pide la resolución o si en cambio exige el cumplimiento con indemnización de perjuicios, en caso de mora del deudor, y así se consagra expresamente en los dos códigos.

El Derecho Romano no establecía tampoco este principio en forma general; admitía la resolución por incumplimiento en el caso de arrendamiento, pero nó en el contrato de venta. También aquí aparece la acción de los canonistas y el principio se funda en las mismas razones de justicia y de buena fe vistas en el caso anterior. Naturalmente, en Roma los contratantes podían estipular expresamente la condición resolutoria para el caso de incumplimiento, que es lo que se llama *el pacto comisorio*.

Esta circunstancia y el hecho de que los canonistas tomaron la idea de la ley comisoria, hizo que tanto en Francia como en Colombia se pensara que estos artículos no hacen sino consagrar el pacto comisorio, y se dijo que el legislador había presumido que en todo contrato bilateral existe el convenio tácito de este pacto. Sin embargo, las dos cosas son completamente distintas.

En Francia fue más fácil hacer la diferencia entre los dos casos de resolución, en vista de que el artículo 1184 añade en su último inciso, que la resolución necesita ser declarada por el juez y que éste puede otorgarle al deudor un plazo prudencial para que proceda a cumplir su obligación; mientras que la resolución por pacto comisorio se produce automáticamente y si el juez interviene es para declarar su existencia, sin que quede a su arbitrio decidirlo, y además tampoco le es dado otorgar término alguno al demandado. (Planiol y Ripert, T. 6 N° 420).

El artículo 1.546 nuestro nada dice al respecto. Pero es obvio que tiene el mismo alcance que el francés, cuya copia es. Además, por simple lógica se concluye que no puede quedar al arbitrio de las partes el decidir cuándo un incumplimiento trae como consecuencia la resolución, si nada se ha estipulado en el contrato. Porque no todo incumplimiento da lugar a la resolución en este caso, a diferencia de lo que sucede cuando existe pacto comisorio. Si el incumplimiento es parcial, el juez debe ver si por razón de él ha desaparecido la causa de la otra obligación, teniendo en cuenta la intención de las partes al contratar. Se analiza el fin perseguido por el contratante perjudicado, y si se concluye que sin la parte de obligación incumplida no hubiera contratado, la causa ha desaparecido y debe otorgarse la resolución. Pero si por el contrario se trata de un incumplimiento parcial sin importan-

cia, secundario, que no constituye parte esencial del conjunto de obligaciones asumidas por el deudor, no hay lugar a esa resolución sino a una reducción proporcional de la contra-prestación y a una indemnización de perjuicios. Por el contrario, si se sostiene la tesis de que se trata de una aplicación del pacto comisorio, hay que otorgar la resolución por cualquier incumplimiento ya que ella obraría automáticamente y el juez se encontraría en presencia de una resolución ya consumada.

80.—*Tercer caso.*—Aplicación en la teoría de los riesgos.—En los dos casos anteriores se ha considerado un incumplimiento culpable del deudor. Pero puede suceder que el objeto de la obligación se haga imposible por razón de caso fortuito o fuerza mayor: Desaparece el objeto materia de la prestación. Quién debe sufrir esa pérdida? A resolver esta pregunta tiende la teoría de los riesgos.

Ya se ha dicho que por virtud de la noción de causa, cuando desaparece el equilibrio formado por la existencia de las dos obligaciones, la vida del contrato se extingue. No se concibe que una parte pueda ser obligada a cumplir su prestación, si la otra no cumple a su vez la suya. La justicia conmutativa así lo exige: ninguno de los contratantes se hubiera obligado al saber el incumplimiento del otro, culpable o nó. Claro está que si se trata de una obligación de contenido indeterminado, el acreedor no puede alegar incumplimiento por que no resulte lo que esperaba. Pero cosa distinta es si se trata de objeto determinado, como un animal o un automóvil, y después de celebrarse el contrato de venta, pero antes de que el deudor haga entrega de la cosa al comprador, ésta se destruye sin su culpa. (Josserand. *Obra cit.* T. II, N°. 367).

El artículo 1870, inciso 2°. según el cual, si se vende una cosa creyéndola existente y falta una parte considerable de ella, el comprador podrá desistir del contrato o mantenerlo abonando el precio a justa tasación; el 1888 sobre venta de un predio por cabida; y el 1889 sobre venta como cuerpo cierto; el artículo 1909 sobre obligación de restituir el precio en caso de venta de cosa ajena; el artículo 1921 que autoriza ejercitar la acción redhibitoria, cuando la venta ha sido de dos o más cosas conjuntamente, por todas las cosas, aun cuando una sola de ellas sea la viciada, cuando aparezca que no se había comprado el conjunto sin esa cosa; los artículos 1986 y 1988, que autorizan al arrendatario para exigir una disminución de precio o la terminación del contrato cuando es perturbado en el uso de la cosa por razón de las reparaciones que se deban hacerle o por hechos de terceros; los artículos

1990 y 1991 que le dan al arrendatario el derecho de pedir la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, según el caso, cuando el mal estado de la cosa le impide usar de ella para los fines que perseguía; el artículo 2057 según el cual, en el contrato de confección de una obra material, la pérdida de la materia suministrada por el contratante impide que el artífice exija el precio o salario, salvo los casos allí indicados; y el artículo 2118 sobre pérdida de la cosa aportada en propiedad o usufructo a una sociedad, son aplicaciones del principio enunciado, según el cual, el incumplimiento de la obligación por parte de un contratante, desliga al otro de su obligación, si el incumplimiento ha sido total o de tal magnitud que haya dejado sin causa esta obligación. En ellos se hace aplicación de la noción de causa.

Sin embargo, este principio fundamentalmente justo, sufre en nuestra legislación una excepción, consagrada erróneamente por don Andrés Bello, en el artículo 1607 del código. Según este artículo: “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega”. Es lo mismo que consagra el artículo 1604 cuando dice, que el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora y éste no hubiera dañado la cosa de haber sido entregada al acreedor, o que haya sobrevenido por su culpa.

El señor Bello tomó estas disposiciones del artículo 1302 del código francés. Pero mientras que allá sí están de acuerdo con los principios sobre riesgos, por cuanto que siendo el contrato de venta traslativo de dominio, una vez perfeccionado, la propiedad de la cosa queda en cabeza del comprador y la obligación del deudor se ejecuta, en Colombia sucede todo lo contrario. Nuestro código no le da el carácter de modo a este contrato y para que el dominio se transfiera, se necesita la tradición de la cosa: luego si no se ha efectuado y la cosa se pierde, la obligación del deudor queda sin cumplimiento y no es justo entonces exigirle al comprador que cumpla la suya. Hay, puede decirse, un enriquecimiento sin causa por parte del deudor. No obstante, esta resolución se impone en vista de los textos citados.

Pero de todas maneras se ve cómo en esta materia de los riesgos, es también la noción de causa el fundamento lógico para regular las consecuencias del contrato válidamente celebrado.

81.—Sobre estos dos últimos casos, de aplicación de la resolución por incumplimiento y de la teoría de los riesgos, existe jurisprudencia muy acertada y clara de la Corte Suprema. En sentencia de 5 de julio de 1935 (G. J. 1897), de la que fue ponente el doctor Eduardo Zuleta Angel, sentó la Corte las siguientes conclusiones: 1).—Que la resolución por inejecución no es una consecuencia del pacto comisorio o de una condición resolutoria tácita, sino de la aplicación de la teoría de la causa; 2).—Que cuando la inejecución es parcial, le corresponde al juez investigar si por tal motivo la obligación de la otra parte ha quedado sin causa, en cuyo caso se otorga la resolución, o si por el contrario ésta hubiera contratado a pesar de ella, y entonces sólo hay lugar a una rebaja de precio; 3).—Que aun cuando la teoría de los riesgos se fundamenta en la noción de la causa, y hecha imposible la obligación de un contratante, con o sin culpa de su parte, desaparece la obligación correlativa, en Colombia por virtud del artículo 1607 del C. C. y como excepción a este principio, la pérdida de la cosa debida la sufre el acreedor, salvo la mora o culpa o compromiso del deudor de entregarla a dos o más personas por obligaciones distintas.

— f —

CAPITULO XIII

EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

82.—El derecho romano, aún en las fuentes más antiguas de que se tenga noticia, distinguía los daños que se originan en un delito público y los que son consecuencia de un delito privado. Y en las XII tablas se observa ya que el Estado consideraba necesario perseguir toda clase de delitos, y el círculo de los delitos públicos crece cada vez más. Se puede decir que el derecho de las XII tablas representa una época de transición entre la composición voluntaria y la composición obligatoria. Y la suma que se exigía al responsable se consideraba como una sanción, *poena*, idea que se conservó siempre en el derecho romano, y nó como una indemnización como sucede hoy día. (Henri y León Mazeaud. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, T. I, Pág. 26.)

El rasgo esencial del derecho romano en esta materia es el de que no existe en él un principio general de responsabilidad, ni penal ni contractual, que establezca que todo el que causa un daño en determinadas circunstancias, debe repararlo. Por el contrario, se contemplan los delitos uno a uno, a medida que van mereciendo la atención del legislador. Y a pesar de los esfuerzos de los Jurisconsultos que veían el sistema como insuficiente y procuraban extender el campo de aplicación de la ley, nunca se llegó a establecer la regla general.

La *ley Aquilia* fue el instrumento más eficaz de la legislación romana en esta materia. Los dos primeros capítulos contemplaban dos clases muy particulares de daños; el de muerte de un esclavo o de un animal. El tercero era más general; contemplaba las heridas causadas a un esclavo o animal y ciertas destrucciones o deterioros causados en cualquiera otra cosa corporal. Tanto los pretores como los jurisconsultos

tos se esforzaron en extender su aplicación, y así, por ejemplo, se otorgó por el pretor una acción útil para el caso de que el herido fuese un hombre libre, y los jurisconsultos declararon que todo daño causado a cualquier cosa debía ser sancionado. Se amplió la noción de *damnum* y luego intentaron sustituirla por la de *prejudice* porque comprendieron que lo importante no era establecer el daño material de una cosa sino el perjuicio sufrido por el propietario, y decidieron que el *damnum* que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación. Pero no pudieron establecer el principio general de que todo perjuicio debía repararse, porque la ley no contemplaba sino casos especiales, y ni siquiera sancionaba el *damnum* siempre sino cuando reuniera ciertas condiciones.

La ley Aquilia no daba acción sino al propietario de la cosa y siempre que fuera ciudadano romano pero el pretor logró dar una acción útil a los titulares de los otros derechos reales distintos del de propiedad y aun cuando se tratara de peregrinos. Igualmente, la ley exigía que el daño hubiese sido *corpore corpori datum*, es decir, que hubiera existido un contacto material entre su autor y la cosa que lo sufría. Pero primero el pretor por medio de una acción útil y Justiniano después, extendieron el dominio de aplicación de la ley al *damnum non corpori datum*.

Por último, se creó al lado de la acción por los delitos contemplados en la ley expresamente, la obligación nacida *quasi ex delicto*; pero los jurisconsultos romanos no se atrevieron a hacer de esta regla un principio general de aplicación ilimitada, sino se redujeron a darle aplicación para ciertos casos determinados, de origen pretoriano.

En cuanto a la noción de *culpa*, en el derecho antiguo romano no se la tenía en cuenta, limitándose el legislador a contemplar el perjuicio y a imponer la indemnización correspondiente. Pero se negaba el derecho a la venganza contra los impúberes y los locos, con lo que se introdujo el primer embrión de la noción de culpa. Sin embargo, en la ley Aquilia no se exige aún la culpa del autor del daño, bastando con que se tratara de un daño no autorizado por la ley. Únicamente los jurisconsultos de los últimos tiempos de la República dedujeron, bajo la influencia griega, la famosa concepción de la culpa Aquiliana: "Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit". La palabra *injuria* llega a ser sinónima de *culpa*. Con ella la noción de culpa pasa a primer término y lo que se sanciona es principalmente su existencia, más que el perjuicio causado. Pero la noción

de culpa nunca dejó de ser algo fugaz y subsistieron siempre casos de responsabilidad sin falta.

También en lo que se refiere a la diferencia entre la responsabilidad penal y la civil, el derecho romano no llegó a establecerlas sino muy posteriormente a la ley Aquilia. En un principio toda responsabilidad era considerada penal. Pero como dicha ley no otorgaba acción para los daños que se originaban en abstenciones, que precisamente constituyen los ordinarios en materia contractual, hubo necesidad de otorgar una acción especial para estos casos, nacida del contrato mismo, y se llegó finalmente a ver en ella no un medio subsidiario sino una acción principal e independiente originada en el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

83.—Este es también el estado en que estas nociones se encuentran en el antiguo derecho francés, debido precisamente a la influencia que en él tuvo el derecho romano. Únicamente en el siglo XIII se encuentra en él en forma definida la distinción entre responsabilidad penal y civil. Y cuando el daño afectaba a los bienes, la acción que se otorgaba al perjudicado respondía únicamente a la idea de indemnización y no a la de pena o sanción. Con ello se prepara el terreno para la creación de un principio general de responsabilidad civil por toda clase de daños.

Y mientras la *actio legis Aquilia* no aseguraba, a pesar de los esfuerzos por ampliar su campo de aplicación, sino los daños materiales, visibles, causados a objetos exteriores, el derecho francés anterior al Código de Napoleón llega a reconocer indemnización por el daño causado por la simple pérdida de ganancias legítimas.

También en cuanto a la noción de falta se realizan progresos. Ya se exige como cosa necesaria la existencia de la culpa, aun cuando basta cualquiera clase de culpa.

En materia contractual se acogen las fórmulas de responsabilidad imperantes en el último estado del derecho romano. Pero se establece ya claramente la clasificación de la culpa en dolosa o grave, leve y levísima, para exigir al deudor, de acuerdo con el contrato de que se trate, una de estas clases de culpa para hacerlo responsable de la inejecución del contrato. Y para apreciar en cada caso la clase de culpa, se recurre al método abstracto dominado por las ideas de buen padre de familia que imperaban en el derecho romano. Y de ahí las definiciones que de estas clases de culpa nos da Pothier: La culpa lata o grave "Consiste en no dedicarle a los negocios de otro el cuidado que las personas

menos cuidadosas y más necias no dejan de poner a sus propios negocios"; la culpa leve corresponde "al cuidado ordinario que las personas prudentes aportan a sus negocios", y la culpa levísima consiste en "no dedicar el cuidado que las personas más atentas otorgan a sus negocios".

En materia delictual cualquier negligencia, sin distinguir el grado de la culpa, bastaba para obligar la responsabilidad del autor del daño. Únicamente se distinguían en doctrina los delitos intencionales de los no intencionales o cuasi delitos, llamados así por un resago del derecho romano, pero con un sentido diferente; eran los hechos por los cuales una persona, sin malicia, pero por una imprudencia no excusable, causaba algún daño a otra. (Pothier, *Traité des Obligations*, N° 116). Y para conocer si se trataba de delito o de cuasi-delito se recurría al mismo procedimiento abstracto que se usaba para la clasificación de las culpas.

Y, por último, como consecuencia de los esfuerzos realizados para precisar la noción de culpa, se llegó en el derecho francés anterior al Código de Napoleón a distinguir la responsabilidad delictual de la contractual.

84.—*La responsabilidad en el Código de Napoleón.*—En el año de 1804 se dictó el Código de Napoleón y en él apareció consagrado legislativamente, por primera vez, el principio general de la responsabilidad civil como regla susceptible de aplicaciones ilimitadas, cualquiera que sea la culpa cometida. Y, por otra parte, la distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal queda definitivamente incorporada.

Pero es indispensable tener en cuenta que para los redactores del Código, si bien una culpa cualquiera era suficiente para engendrar responsabilidad, siempre era necesario que esa culpa existiera. La indemnización debe tener por causa siempre la culpa del autor del daño. Así, en materia delictual se encuentran en la exposición de motivos citas que no dejan lugar a dudas, de Treilhard, Bertrand de Greville y Tarrille. Pero no es necesario que el autor del daño haya tenido la voluntad de causar el daño (culpa delictual), sino basta que haya sido causado por una imprudencia o negligencia de su parte (culpa cuasidelictual); así quedó consagrado en los artículos 1382 y 1385 del Código. Y no solamente se responde por el hecho propio, sino por el de las personas sometidas a su cuidado y por el de las cosas que estén bajo su guarda, de acuerdo con los artículos 1384, 1385 y 1386, pero

siempre sobre la base de la existencia de una culpa, por lo menos conforme al pensamiento de sus redactores: culpa por mala vigilancia, por mala educación, por mala elección.

La necesidad de la culpa quedó establecida también para la responsabilidad contractual, pero se continuó el sistema de distinguir las tres clases de culpa según la naturaleza del contrato de que se trate.

En cuanto a la apreciación de la culpa, a si debe ser considerada en *abstracto* o *inconcreto*, el Código de Napoleón establece lo último en una forma expresa para la responsabilidad contractual (Art. 1137), y en forma implícita para la responsabilidad delictual y casi delictual.

Tres son, por consiguiente, los principios fundamentales en materia de responsabilidad en el Código Francés: 1).—Necesidad de una culpa; 2).—Cualquier clase de culpa es suficiente y, 3).—Apreciación *in abstracto* de la culpa. (Henri y Leon Mazeaud, *Ob. cit.* T. I. N° 55).

85.—*La teoría del riesgo.*—Los principios de responsabilidad civil, especialmente en lo que se refiere al campo extracontractual, consagrados en el Código de Napoleón, bastaron para atender a la solución de los conflictos sociales que se presentaron en los tres primeros cuartos del siglo XIX. No se presentó una verdadera necesidad que indujera a la doctrina y a la jurisprudencia a ampliar tales normas por medio de concepciones jurídicas. Los transportes eran reducidos, la industria no había adquirido gran desarrollo, los accidentes eran muy pocos. Pero durante el último cuarto del siglo pasado y lo que va corrido del presente, tales fenómenos sociales han adquirido un desarrollo inopinado, especialmente con la aparición de las calderas a vapor y de los motores de explosión, de la gran industria moderna, con lo cual los accidentes crecieron considerablemente y con ellos los conflictos sociales. Y la necesidad de una reforma, de ampliar las concepciones para facilitarles a las víctimas la seguridad en la reparación de los perjuicios sufridos, se hace cada vez mayor para los hombres de ciencia, cualquiera que sea su filosofía o su política. Y, como es natural, a la doctrina primero y luego a la jurisprudencia les correspondió acoger ese creciente clamor de justicia.

Se vio la insuficiencia de las normas que para los redactores del código habían constituido la doctrina, consignada en sus textos legales. Se observó que la exigencia de la prueba de la culpa del autor del daño para su víctima, además de la prueba de la relación de causalidad entre ésta y el daño, hacía en su enorme porcentaje ilusoria la indemnización. Y de ahí que en el año de 1896 apareciera, como instrumento

jurídico para solucionar tales problemas, la famosa *teoría del riesgo*.

Las ideas firmemente sostenidas por Enrico Ferri sobre responsabilidad objetiva, ajena a toda idea de culpa, en el terreno de lo penal, surtieron una definitiva influencia en la elaboración de la teoría del riesgo objetivo entre los civilistas franceses. El mismo Ferri lo anota así en su *Sociología Criminal*. (pags. 399, 400 y 457.) Se trataba de separar la responsabilidad civil de la noción de culpa, y se abre una encendida discusión sobre un principio hasta entonces respetado: la necesidad de una culpa para obligar la responsabilidad civil del autor de un daño. (Henri et León Mazeaud Ob. Ci T. 1° N° 67).

Se argumentó que el principio establecido por el legislador sobre la necesidad de la culpa, no era de obligatoriedad general, sino que hay casos en los cuales puede no haber culpa y sin embargo es procedente la indemnización. Y ésto sucede precisamente cuando el autor del daño crea un riesgo que antes no existía; luego debe responder por el daño ocasionado por virtud de ese riesgo, aun cuando no haya incurrido en culpa. Siempre que se causa un perjuicio, sobreviene necesariamente una pérdida económica que alguien debe sobrellevar, y lo lógico es que la sufra quien no solamente crea el riesgo sino se beneficia con él. Y si se alega la culpa se favorece precisamente al autor del daño y creador del riesgo, en perjuicio de la víctima que es casi siempre pobre.

Para darle apoyo legal a la teoría, se buscó primero un camino indirecto, tratando de extender la aplicación del artículo 1.386 que declara responsable al propietario de un edificio que cae en ruina, cuando el accidente es debido a un vicio de construcción, al caso de una máquina que por un defecto causa un daño a un obrero. La víctima, se dijo, debe limitarse a probar el defecto o vicio de la máquina, sin que necesite acreditar la culpa del patrón. Pero con ésto únicamente se conseguía trasladar la dificultad, sin eliminarla.

Se intentó entonces localizar el problema en el terreno de la responsabilidad contractual, alegándose que el patrón está obligado a darle al obrero la seguridad necesaria contra tales accidentes y que, por consiguiente, es responsable de éstos mientras no demuestre que el accidente se deba a una causa extraña a él, caso fortuito o fuerza mayor. La carga de la prueba quedaba invertida. Pero la jurisprudencia rechazó la doctrina por hallarla demasiado artificial.

Ante el fracaso anterior los autores resolvieron avocar el problema directamente, y formularon la teoría del riesgo tal como antes se

expuso, es decir, sobre la base de la supresión absoluta de la idea de culpa. (Cf. Bettremieux, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile*, N° 11).— Se esforzaron en demostrar que los principios adoptados en el código no estaban en contradicción con la teoría, en cuya labor se distinguieron principalmente Saleilles y Josserand. El primero publicó en el año de 1897 una monografía titulada “Los accidentes de trabajo y la responsabilidad civil”, en la cual sostuvo que la culpa contemplada en el artículo 1382 no era otra cosa que un hecho generador de perjuicios; pero la tesis no tuvo éxito porque obligaba a hacer demasiada abstracción y a pasar sobre la voluntad de los redactores y sobre la letra del artículo. Intentó entonces, al tiempo con Josserand, fundamentar su tesis sobre una interpretación nueva del artículo 1.384, para lo cual veían en la frase: “se es responsable.... del daño.... que es causado por el hecho de las cosas que se tienen bajo su guarda”, la consagración de una responsabilidad *ob-rem*, libre de toda consideración subjetiva. Pero no obstante la mayor seriedad de esta nueva tesis, y salvo algunos fallos esporádicos de jueces inferiores, la jurisprudencia la rechazó alegando que dentro del sistema consagrado en el código no era posible separar la responsabilidad de la noción de culpa. El esfuerzo no fue estéril sin embargo, porque de la tesis últimamente enunciada vino a desarrollarse la doctrina de las presunciones de responsabilidad que existe consagrada en forma definitiva en la jurisprudencia francesa. Y en la legislación misma su influencia benéfica se tradujo en la ley de accidentes de trabajo de nueve (9) de abril de 1898 y en otras posteriores sobre explotaciones comerciales, enfermedades de origen profesional, explotaciones agrícolas etc.

86.—*Las presunciones de culpa y responsabilidad*.—La reforma llevada al cabo por el legislador en materia de accidente de trabajo, por medio de la cual a la víctima del accidente se le relevó de la necesidad de probar la culpa del patrón, no fue lo suficientemente amplia como para satisfacer el clamor general creado por las nuevas condiciones aparecidas con la industrialización y la maquinización de Europa. Especialmente los autores se preocupaban mucho por la creciente cantidad de los accidentes de tránsito, y se ensayaron nuevos esfuerzos.

Los redactores del código habían sugerido el camino al establecer que en ciertas hipótesis debía facilitársele la acción a la víctima, liberándola de la carga de la prueba de la culpa del autor del daño en forma más o menos completa (Arts. 1.384, 1385 y 1.386). Existían, pues,

en el código algunas presunciones de responsabilidad en contra de ciertas personas, en forma que sin negar la necesidad de la culpa se favorecía a la víctima tanto como con la teoría del riesgo.

La tesis sistematizada por Josserand, según la cual, en la frase “y de los daños... causados por el hecho de las cosas que se tienen bajo su guarda”, del artículo 1384, debía verse la enunciación de un principio general de responsabilidad, fue el instrumento utilizado por la jurisprudencia. Hasta entonces se había visto en este artículo únicamente la consagración de ciertos casos especiales de presunción de responsabilidad, pero la nueva tesis fue acogida con entusiasmo por la doctrina hasta que obtuvo la aceptación definitiva de la Corte de Casación. En adelante, todo el que cause un daño por intermedio de una cosa es responsable, y para que obtenga la exoneración de responsabilidad debe probar la fuerza mayor o el caso fortuito o la culpa de la víctima.

No faltaron, claro está, los esfuerzos de los representantes del capitalismo en contra de la teoría. Se formuló primero la distinción entre cosas peligrosas y no peligrosas por sí mismas, para concluir que debe presumirse la responsabilidad cuando el daño se causa con las primeras, pero no cuando se trata de las segundas; pero la distinción fue negada por los tribunales. Se presentó entonces una nueva distinción con el mismo objeto de restarle amplitud a la doctrina; se dijo: está bien que se presuma la responsabilidad cuando se trata de cosas no accionadas por el hombre, pero no es lógico establecerla cuando la cosa es de aquéllas que no se mueven sino accionadas por el hombre, porque en este caso es el hombre quien viene a causar propiamente el daño y no la cosa. Con esto se intentaba suprimir la presunción para los accidentes causados por medio de automóviles; pero la Corte negó nuevamente la objeción basándose en que la ley no hace distinción alguna.

Mas no acabaron aquí los esfuerzos de los impugnadores de la doctrina. Nuevamente se presentó una distinción entre cosas que tienen fuerza propia y cosas que no la tienen, como una caldera y un bastón. Pero este último intento fracasó como los anteriores, y la presunción quedó definitivamente implantada en contra del dueño o guardián de la cosa con que se causa el daño, y la evolución de la doctrina pasó a la historia con el nombre de “descubrimiento” del artículo 1384.

87.—*La presunción de responsabilidad en nuestro derecho.*—Mientras el Código francés se limita a establecer en cinco artículos los principios generales sobre responsabilidad extra-contractual, nuestro código

go trata la materia en veinte artículos: desde el 2.341 al 2.360. Sin embargo la mayor reglamentación no corresponde a una mayor perfección en la consagración de la doctrina, sino por el contrario nuestro legislador incluyó disposiciones demasiado reglamentarias que obstaculizan el perfecto desarrollo de la teoría. Y, lo que es más importante, se suprimió la frase final del inciso primero del artículo 1384 del Código francés, que precisamente sirvió de fundamento a la teoría de las presunciones de responsabilidad en dicho país.

Esta supresión hace imposible la aplicación en Colombia de la teoría tan laboriosamente construida por los autores y la jurisprudencia franceses. Pero no quiso decir esto que debiéramos permanecer al margen del movimiento general que logró triunfar en Francia y que llevó la aplicación de la noción de equidad a las relaciones surgidas con ocasión de los problemas de responsabilidad por los delitos y las culpas. También aquí la doctrina primero y luego la jurisprudencia buscaron y encontraron en instrumento legal que sirviera, como en Francia la famosa frase del artículo 1.384, para crear la teoría de las presunciones de responsabilidad.

Al doctor Eduardo Zuleta Angel le tocó en suerte realizar lo que por algunos se ha llamado el “descubrimiento” del artículo 2.356, en conferencias dictadas en la facultad Nacional de Derecho en el año de 1.937 y que corren publicadas en los números 243 a 246 de la Revista Jurídica del mismo año.

Los artículos 2.341 a 2.345 del C. Civil enuncian el principio general de la responsabilidad civil extracontractual por culpa probada. Los artículos 2.346 a 2.349 consagran la responsabilidad por el hecho de otros. Los artículos 2.350 y 2.351 tratan de la responsabilidad por los daños ocasionados por los edificios, y los artículos 2.353 y 2.354 de la responsabilidad por el hecho de los animales. En estos textos está íntegramente regulada la materia de la responsabilidad extracontractual. Pero queda un artículo, el más fundamental de todos, que sienta la regla general de que “todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”. Es el artículo 2.356.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia hasta el año de 1937, habían venido considerando este artículo 2.356 como un texto de alcance limitado, cuya enumeración de casos era considerada como taxativa; exactamente como había sucedido en Francia con el artículo 1.384. Sin embargo es claro que este texto debe decir algo distinto de

lo que consagran los artículos 2.341 a 2.345 y especialmente el primero. Y como el artículo 2.341 establece el principio de la responsabilidad por el hecho propio y por culpa probada, en el 2.356 se debe estar enunciando un principio distinto.—En él ya no se exige la culpa para que la responsabilidad quede afectada, sino únicamente que el daño *pueda imputarse a malicia o negligencia* de otra persona. Se crea, por consiguiente, una presunción de responsabilidad para los daños causados en ejercicio de una actividad que pueda considerarse peligrosa.

Esta doctrina fué adoptada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de marzo de 1.938, que corre publicada en el número 1934 de la Gaceta Judicial, y luégo en fallos posteriores de 18 y 30 de mayo del mismo año, y en otros muchos más recientes.

Pero debe tenerse en cuenta que tanto la tesis francesa como la consagrada por la corte, se limitan a crear una presunción general de responsabilidad, pero sin que con ello sé esté consagrando la teoría del riesgo creado. El fundamento de la responsabilidad continúa siendo la culpa del autor del daño; únicamente que en estos casos no sólo se presume esa culpa sino que para exonerarse de la responsabilidad se debe probar la existencia o de un caso fortuito o de una fuerza mayor o de culpa de la víctima. Y en sentencia del año de 1.941 la Corte se ha encargado de advertirlo así, disipando las dudas que en algunos existía a ese respecto.

Con esta elemental reseña basta para comprender la fundamental transformación sucedida en materia de responsabilidad civil extra-contractual a partir del Código de Napoleón y que responde, como se observó en el capítulo sobre defensa del peatón, a la tendencia general de protección de los débiles característica del derecho moderno.

OBSERVACION FINAL

No pretendo haber agotado, en los capítulos anteriores, el contenido del tema de esta monografía. Muchas son las materias que todavía podrían tratarse, por ejemplo: la protección de los deudores y de los incapaces, en la parte primera; los derechos reales accesorios, en la parte segunda, y las teorías del abuso de los derechos y del enriquecimiento sin causa, la noción del fraude y de la buena fe, la teoría de la imprevisión, etc., en las obligaciones y contratos. Sin embargo, creo haber dejado claramente establecido, que como características del derecho civil moderno pueden contarse principalmente estas tres: la protección a los débiles; la función social del dominio y de la posesión como consecuencia, y la decadencia cada día mayor de la autonomía de la voluntad.

Además, el objeto de estos estudios ha sido el de presentarlos en las conferencias que habré de dictar en días inmediatos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia; por consiguiente, carezco del tiempo requerido para un más completo desarrollo del tema.