

ESTUDIOS DE DERECHO



DIRECTOR
B. MANTILLA PINEDA

SUMARIO:

- Responsabilidad patrimonial del Estado - *Jesús Vallejo Mejía.*
Causales de impugnación jurisdiccional del acto administrativo - *Jairo Duque Pérez.*
Constitución nacional y Justicia militar - *Ernesto Saa Velasco.*
Capacidad penal de las personas jurídicas - *Fernando Meza Morales.*
La garantía del derecho de huelga en Colombia - *Alberto León Gómez Zuluaga.*
Hacia la supresión de la llamada "Parte general" del derecho civil y su reemplazo por una introducción adecuada - *Fernando Fueyo Laneri.*
La Vejez Normal y Patológica. - *Luis Alfonso Ramírez Gómez.*
Alcance jurídico de la analítica existenciaría. - *B. Mantilla Pineda.*
Comentarios de libros.
Exhortación a los Jueces.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Tarifa postal reducida. — Licencia N° 100
del Ministerio de Comunicaciones.

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

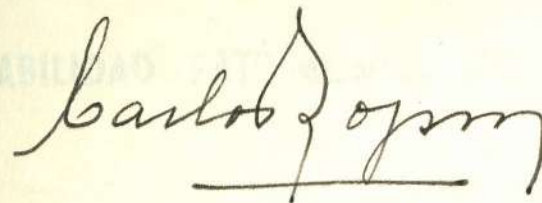
Valor de la Suscripción anual: En el país, \$ 30.00, m. n.
Valor de la Suscripción anual: En el extranjero \$ 2.00, m. a.
Valor del número especial \$ 20.00, m. n.

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

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

ESTUDIOS DE DERECHO

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



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Dr. Samuel Syro Giraldo
Rector de la Universidad

Dr. Orlando Mora Patiño
Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Luis Fernando Vélez Vélez
Decano Asociado

DIRECTOR DE ESTUDIOS DE DERECHO

B. Mantilla Pineda
Profesor Titular

CONSEJO DE REDACCION

Horacio Montoya Gil
Profesor Agregado

Jairo Duque Pérez
Profesor Titular.

Guillermo Ochoa González
Profesor Asociado

Carlos J. Osorio

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Dr. Jesús Vallejo Mejía

Capítulo Primero

“EL REGIMEN JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO”

1).- La responsabilidad patrimonial consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los perjuicios que se le han causado.

Como toda responsabilidad, la patrimonial brota del acto ilícito. Es, en otras palabras, una consecuencia de la violación del deber jurídico. Su significado es el de una sanción impuesta por la infracción de una norma de derecho cuando de ahí se deriven lesiones patrimoniales.

El carácter de sanción que ostenta la obligación de resarcimiento permite distinguirla de figuras similares que también tienen por objeto la indemnización de perjuicios. Por ejemplo, el deber que en principio tiene el Estado de pagarle al propietario el justo valor del bien que va a ser materia de expropiación; la obligación que le incumbe al patrono de indemnizar los accidentes de trabajo que sufran sus trabajadores; en fin, la obligación a cargo del asegurador de soportar el riesgo asegurado, no constituyen casos de responsabilidad patrimonial, porque no surgen del acto ilícito sino de fenómenos diferentes. Así, la mencionada obligación del Estado es condición del ejercicio lícito de una de sus atribuciones; las indemnizaciones a cargo de los patronos y aseguradores son la manera de cumplir los

deberes de protección que han asumido contractualmente en favor de los trabajadores y de los asegurados, respectivamente. El significado de esas prestaciones no es sancionador, pues no constituyen reacciones vinculadas por el ordenamiento al incumplimiento de sus mandatos.

El supuesto de que nace la obligación de resarcimiento en que consiste la responsabilidad patrimonial es complejo. Lo configuran dos elementos: el acto ilícito y el daño que le es imputable. El primero es inseparable de la idea de responsabilidad: su ausencia hace que la obligación de indemnizar derive hacia otra institución, como acabamos de verlo. El segundo elemento está presente en la noción misma de responsabilidad patrimonial. Si el ilícito no ocasiona daños patrimoniales, puede dar lugar a sanciones de otra índole, incluso pecuniarias, pero nunca constitutivas de responsabilidad patrimonial.

En ciertas ocasiones el ilícito se configura por el daño producido, vale decir, es el resultado dañoso lo que permite calificar la irregularidad de un comportamiento que, de por sí, sería jurídicamente irreprochable. La violación del llamado "deber general de diligencia y cuidado", por ejemplo, a veces sólo viene a ser punible cuando se traduce en lesiones a terceros. El caso más notable de esa calificación del comportamiento por el daño que produce se advierte en la responsabilidad "objetiva", en la que el mero daño y su imputabilidad a determinada conducta dan lugar a la obligación de indemnizarlo, sin que sea necesario examinar la corrección o la incorrección del comportamiento. La ilicitud nace ahí de la infracción de un supuesto deber de no causar daño a otro. Sin embargo, las hipótesis de responsabilidad objetiva son excepcionales en nuestro derecho, como tendremos oportunidad de mostrarlo posteriormente. Por eso, aún se justifica la doctrina tradicional que estudia por separado el ilícito y el daño que de él se desprende. En tesis general, la obligación de reparar el daño sólo puede ser declarada luego de apreciar frente al deber jurídico el comportamiento que lo produjo.

Con esto queda delimitado el ámbito de la responsabilidad patrimonial, el cual tiende a desdibujarse en ciertos sectores de la doctrina moderna que consideran que el problema de la responsabilidad radica en saber quien va a soportar en definitiva los efectos de un daño, olvidándose de que, ante todo, la responsabilidad es consecuencia de la ilicitud. (1)

(1) (Cfr. Mazeaud-Tunc, "Responsabilidad Civil", Ed. EJEA, Bs. Aires 1961. T. I., V. I., p. 8).

La doctrina suele emplear la denominación de responsabilidad civil en lugar de la de responsabilidad patrimonial, probablemente porque la indemnización de perjuicios es, por muchos aspectos, la sanción más importante dentro del Código Civil. La expresión, empero, no es muy afortunada, pues en el derecho civil hay otras sanciones que, como las nulidades y las restituciones posesorias, no tienen en principio sentido indemnizatorio y merecen igualmente el nombre de sanciones civiles. Por otra parte, la responsabilidad patrimonial no es un fenómeno exclusivo del derecho civil: su radio de acción se extiende a otras ramas del derecho y asume en cada una de ellas modalidades específicas.

2).- La idea de aplicar la responsabilidad patrimonial a las actividades estatales, es de reciente data. Solamente con la instauración del Estado Liberal de Derecho se llegó a admitir la obligación de indemnizar con el patrimonio público los daños producidos por la actividad del Estado. En efecto, uno de los fundamentos del Estado Liberal de Derecho es el principio de que el Estado no es un ente de jerarquía metafísica más valiosa que la de los gobernados, sino la organización de recursos humanos y materiales para crear condiciones propicias al digno desenvolvimiento de la persona humana. Probablemente esta fórmula sea impracticable; sin embargo, permite hablar de deberes del Estado cuyo cumplimiento es el cometido principal de las autoridades públicas, y de las consiguientes sanciones por su violación.

La responsabilidad del Estado era inadmisibles en los regímenes absolutistas, inspirados en un concepto de soberanía según el cual la autoridad política no podría obrar contra derecho porque su voluntad, en cualquier sentido que se manifestase, era la norma y era imposible sujetarla a jurisdicción alguna sin detrimento de su carácter de soberana.

El Estado Colombiano está organizado como un Estado de Derecho, en la acepción apuntada atrás. Según el artículo 2º de la Constitución, "la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece". Por su parte, el artículo 16 ib. dice que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Las disposiciones constitucionales transcritas dan base para consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano. En efecto, al señalar que el Estado tiene obligaciones a su cargo, abren la posibilidad de que sea sancionado por su incumplimiento. Sin duda, no es acertado decir que consagran un régimen de responsabilidad del Estado, como lo afirma la doctrina dominante, porque en ellas no se contemplan las sanciones aplicables para los casos de violación de deberes estatales, ni los procedimientos para hacerlas efectivas. Con todo, esas disposiciones constituyen valiosísimas reglas de interpretación y señalan directivas al legislador, el cual, en efecto, ha procedido a consagrar y reglamentar la responsabilidad pública.

3).- La responsabilidad patrimonial de las personas públicas está sometida en nuestro derecho a un régimen especial. Su fundamento legal se encuentra en el Capítulo VII del Código Contencioso Administrativo (Ley 167/41) y en los artículos 20, 30 y 32 del D. 528/64. Este régimen especial se explica por el interés de atribuir el conocimiento de las causas de responsabilidad pública a una jurisdicción separada de la ordinaria y porque el Estado se halla sujeto a deberes peculiares y emplea modos de actuación propios que exigen ser regulados de manera distinta a como se reglamenta la actividad particular. En efecto, la mayor parte de la actividad estatal se traduce en la expedición de declaraciones unilaterales de voluntad pública que vinculan de modo heterónomo a los particulares. De otra parte, sobre el Estado pesan deberes estrictos de sumisión a la "legalidad", "deberes legales de obrar", finalidades específicas que debe procurar, etc., que no obligan, al menos en semejante intensidad, a los particulares.

El régimen especial toma en cuenta las características anotadas a fin de regular más técnicamente la responsabilidad del Estado. Se diferencia, además, del régimen ordinario contenido en el derecho civil porque solamente consagra la responsabilidad por la actividad administrativa del Estado. Mientras que por regla general todas las actividades particulares son susceptibles de generar responsabilidad patrimonial, las actividades legislativas y jurisdiccionales del Estado no están sometidas a ese principio. La imputabilidad, esto es, la capacidad de responder por sus actos, es la regla general entre los particulares, en tanto que es un principio de aplicación restringida en materia estatal.

La existencia de normas especiales obliga a estudiar todos los problemas de responsabilidad pública a la luz de aquéllas. En este sentido es equivocada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia,

seguida por el Consejo de Estado en los últimos años, que busca el fundamento positivo de la responsabilidad estatal en el Código Civil, alegando "la inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la Administración por las fallas del servicio". (2)

Lo anterior no significa que el régimen de responsabilidad administrativa sea completo y autónomo. Indudablemente, en él aparecen muchos vacíos. No se trata de una reglamentación detallada; por el contrario, está consignado en fórmulas muy generales. Su aplicación a casos concretos plantea numerosos problemas que deben ser resueltos por el fallador de acuerdo con el artículo 8 de la ley 153/87, que dice que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". En consecuencia, los vacíos que suelen presentarse en el régimen de responsabilidad administrativa, deben ser llenados conforme al método de integración analógica prescrito por la norma citada, echando mano de otras normas administrativas o del Código Civil, que ofrece una reglamentación precisa de la materia. La jurisdicción administrativa entre nosotros está ligada por el artículo 8 de la Ley 153/87; no puede pretender, como la francesa, que su existencia como jurisdicción separada de la ordinaria sólo se justifica por su competencia para aplicar normas autónomas frente a las civiles y que, por lo tanto, está autorizada para crear preceptos de "derecho público", ante la incuria del legislador en proclamarlos. La norma citada es de aplicación general, salvo en los asuntos expresamente excluidos. Entre éstos no se encuentra la materia administrativa.

4).- El Consejo de Estado, en sentencia del 2 de noviembre de 1960, siguiendo los pasos de la doctrina clásica francesa y de tratadistas nacionales como Carlos H. Pareja y Eustorgio Sarria, sostuvo la inaplicabilidad absoluta de las normas de derecho común a los casos de responsabilidad del Estado, con base en que "los artículos 67 y 68 de la ley 167 de 1941 establecieron un sistema de derecho público autónomo que contempla todas las hipótesis y da solución adecuada a todas las controversias que pudieran presentarse" y dado que "en las actividades del Estado como supremo gestor de los servi-

(2) (Vid. Crónica Judicial, No. 297, 1964, p. 33 y ss.; Derecho Colombiano No. 51, marzo/66, p. 233; ib. No. 53, mayo/66, p. 3; ib. 62, p. 123; ib. No. 66, junio/67, p. 209; ib. No. 73, enero/68, p. 37).

cios públicos, no hay nada que lo identifique con los particulares, hecho que no podía ser indiferente para el derecho". (3)

En este interesante fallo, cuyas tesis radicales no hicieron carrera en la doctrina posterior del Consejo, se afirma, pues, que nuestro estatuto de responsabilidad administrativa es complejo, no ostenta vacíos, que existe una separación tajante, sustancial, entre el derecho público y el derecho privado.

5).- Ambas afirmaciones son erróneas. La primera es desmentida a cada paso por la práctica. La segunda, que sirvió, entre otras cosas, para la construcción del derecho administrativo clásico en Francia, no ha resistido las objeciones esgrimidas contra ella en el plano jurídico. Aún subsiste, es cierto, pero la doctrina más reciente ha ido atemperando su rigor y su importancia.

Hans Kelsen demuestra que la postulación del dualismo derecho público —derecho privado, fundada en la presunta esencia de cada uno de ellos y sostenida de modo apriorístico e independientemente de la consideración del derecho positivo, sólo se mantiene para afirmar la existencia de dos métodos de interpretación, igualmente apriorísticos, con los cuales se pretende "introducir en el derecho positivo un principio político con cuyo auxilio se obtienen ciertos resultados deseables desde aquel punto de vista político, a los cuales se quiere atribuir positividad jurídica, no obstante carecer de toda base en la legislación positiva". Prosigue diciendo que "en verdad, cuando se enseña que las instituciones del Derecho público no pueden tratarse con el mismo método que las del Derecho privado, aplicándose un método de interpretación no fundado en el derecho positivo, se afirma un dogma de derecho natural, tras el cual se ocultan cosas harto distintas que los postulados de la técnica jurídica". (4)

La crítica de Kelsen ubicó la cuestión en su verdadero lugar. El dualismo mencionado y sus consecuencias normativas, sólo pueden fundarse en el derecho positivo. La distinción entre el derecho público y el derecho privado no se impone por fuerza de necesidad lógica ni es previa al orden jurídico. No hay una naturaleza del Estado independiente del ordenamiento que lo rige. La estructura y el funcionamiento del Estado, sus poderes y sus finalidades, vienen determinados por el orden jurídico. Es más, son nociones jurídicas y, como tales, tienen que surgir del derecho positivo.

Ahora bien, no cabe duda de que, en un sentido sistemático, es

posible hablar en los ordenamientos modernos de la distinción entre el derecho público y el derecho privado. Nuestro derecho a veces emplea esas expresiones, sin definir su contenido. Como lo dice Sayagués Laso, la categoría "derecho público" tiene una justificación técnica, pues "dentro del orden jurídico existe un conjunto de normas relativas a la organización, el funcionamiento y la actividad de los entes estatales, las cuales presentan ciertas características generales que no aparecen —por lo menos con igual intensidad— en las demás normas". (5) Las restantes normas del ordenamiento quedan englobadas dentro de la categoría "derecho privado".

El valor sistemático del dualismo, sin embargo, no es muy apreciable. Si, conforme al acertado criterio de Sayagués, se obtiene un concepto preciso y coherente del derecho público, queda una noción puramente negativa del derecho privado. Al mirar el contenido de éste, puede encontrarse un conjunto heterogéneo de normas cuya nota común es la de no pertenecer al derecho público. Ahora bien, si se pretendiera ofrecer un concepto preciso y coherente del derecho privado, definiéndolo, por ejemplo, "como aquel derecho cuya observancia puede quedar asegurada mediante procedimientos civiles entre los particulares", podría advertirse una zona intermedia no comprendida en ninguno de los términos del dualismo. Como dice Alf Ross, "es posible definir un concepto de derecho privado y también un concepto de derecho público, de manera tal que cada uno de ellos tenga un significado preciso. Pero tomados en conjunto no son exhaustivos: su relación recíproca puede ser comparada con la de los conceptos "canario" y "elefante" dentro de una clasificación zoológica. Si conservamos la terminología —y es difícil no hacerlo— tenemos que subrayar que los dos términos no implican una división fundamental en dos partes de todo el material jurídico". (6) El intento de hacer una clasificación omnicompreensiva con base en las categorías "derecho público" y "derecho privado", hace que estas dos nociones pierdan coherencia. De ahí surgen las vacilaciones y contradicciones en que se ha debatido la doctrina tradicional al esforzarse por encontrar un criterio decisivo que permita esclarecer el contenido de cada una de esas categorías.

Lo anterior indica la necesidad de revisar los conceptos jurídicos tradicionales, sobre todo en lo relativo a la clasificación del Derecho.

(3) (Anales, T. LXII, No. 387-91, 1a. parte, ps. 161-2).

(4) (Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", Editorial Nacional, México, 1959, p. 114 y ss.).

(5) (Sayagués Laso, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1959, T. I., p. 16).

(6) (Ross, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Eudeba, Bs. Aires, 1963, p. 201-3).

Esta necesidad se hace patente si se observan las tendencias modernas hacia la "privatización" del derecho público y la "publización" del derecho privado. En efecto, la doctrina más reciente advierte como hay amplias zonas de la actividad estatal que merecen ser reguladas en forma similar a las actividades particulares, al paso que la creciente intervención del Estado en la vida particular va desmoronando el vigor de los principios que anteriormente se creía que eran los fundamentos inmovibles del derecho privado. Puede decirse que se trata de nociones en crisis y que cualquier intento de elaboración de sistemas jurídicos con base en su distinción ha de ser necesariamente provisional.

Pero, aún suponiendo que el dualismo tenga un valor sistemático apreciable, de ahí no puede desprenderse la conclusión de que el derecho público y el derecho privado sean dos compartimientos estancos incapaces de influenciarse recíprocamente. Una afirmación de esa índole tendría que partir de la existencia de una norma que dijera que las instituciones del derecho público y las del derecho privado no pueden interpretarse con los mismos métodos y que estableciera procedimientos de integración peculiares en cada una de esas materias. Una norma de ese tipo no existe en nuestro derecho, al menos en tamaña intensidad. Es verdad que la materia administrativa está inspirada en ciertos principios que deben servir de base para interpretarla. Por ejemplo, los principios de legalidad, de finalidad de servicio público que debe presidir toda la actividad estatal, del respeto a las garantías acordadas por la Constitución a los habitantes del territorio nacional, de la competencia amplia del legislador y de la competencia restringida de la Administración, etc. Con todo, el artículo 8º de la ley 153/87 postula la unidad del sistema jurídico colombiano. Las disposiciones, por especiales que sean, son susceptibles de extenderse a las materias semejantes a las reguladas por ellas y que no hayan sido objeto de reglamentación expresa. En ninguna parte se dice que las normas de derecho privado son inaplicables en los asuntos de derecho público, supuesto que la misma legislación de bases para definir con entera exactitud las nociones de derecho público y de derecho privado.

El quid del asunto radica en la apreciación de la "materia semejante" de que habla el artículo 8º en cuestión. Este es un problema que es preciso resolver en cada caso particular, pues no es posible sentar la regla general de que la materia administrativa, por el hecho de referirse al Estado, es enteramente diversa de la civil.

En lo que a la responsabilidad se refiere, parece que el legislador no hubiera pensado en establecer un régimen absolutamente original de derecho administrativo. De acuerdo con una cita de Tascón, al exponer los motivos para consagrar un sistema de excepción para las indemnizaciones por trabajos públicos, la Comisión Redactora del Código Contencioso Administrativo, refiriéndose a los restantes casos de responsabilidad, dijo lo siguiente: "Es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la Administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos de derecho común, desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil". (7)

6).-Dijimos que el régimen del C. C. A. y del D. 528/64 solamente es aplicable a la actividad administrativa del Estado y que, en principio, las actividades legislativa y jurisdiccional no comprometen su responsabilidad patrimonial. En efecto, el artículo 20 del D. 528/64 dice que "la jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la *administración*, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 7º de la Ley 167 de 1941". En desarrollo de este principio los artículos 30 y 32 ib. determinan la competencia de los organismos administrativos para conocer de las controversias sobre responsabilidad de las Administraciones Nacional, Departamental y Municipal y de los diversos Establecimientos públicos descentralizados.

Ahora bien, por actividad administrativa se entiende, en nuestro derecho, la realizada por la rama ejecutiva del poder público. "Nuestro sistema jurídico, dice el Consejo de Estado, concibe la función administrativa como una actividad propia del órgano ejecutivo del poder público encaminada a la realización del derecho, y el acto administrativo como la resultante directa e inmediata de esa función. Entre el órgano, la función y el acto hay una relación que marca la orientación seguida en nuestros estatutos. En principio, es acto administrativo el expedido por la Administración con el fin de producir efectos jurídicos. La denominación de su capítulo VII, por sí sola, acusa una aguda concepción formalista, cuando identifica las nociones de acto administrativo y de acto de la administración para

(7) (Tascón, Tulio Enrique, "Derecho Contencioso Administrativo Colombiano", Ed. Minerva, Bogotá, 1942, p. 199.

los efectos jurisdiccionales. En los artículos 62 y siguientes se relievamos más aún esa marcada tendencia. Allí se enumeran los actos administrativos acusables en razón del sujeto que los expide y no de su contenido jurídico. La única excepción es la consagrada por la ley en su artículo 189". (8)

7).- Sin embargo, algunos actos de la Administración escapan al control de la jurisdicción contencioso administrativa, y, por ende, al principio de la responsabilidad, por no existir vía adecuada para solicitar las indemnizaciones correspondientes. De otra parte, ciertos actos de las ramas legislativa y jurisdiccional pueden ser juzgados por dicha jurisdicción y son capaces de comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado.

Los actos primeramente citados son los que a continuación se enuncian: a) Los Decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional, cuya conformidad con la Constitución debe ser examinada por la Corte Suprema de Justicia, mediante el procedimiento indicado en el D. 432/69 (artículo 214 C. N.). En dicho procedimiento no se prevé la posibilidad de aplicar sanciones diversas de la nulidad o "inexequibilidad" de los actos respectivos. Por otra parte, es dudoso que éstos puedan ser acusados por motivo de ilegalidad, dado que parecen ostentar el vigor normativo de las leyes formales, al menos parcialmente. b) "Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales" (artículo 73, ord. 2º, Ley 167/41. c) "Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes". (ib., ord. 3º).

Todos los restantes actos de la Administración pueden comprometer su responsabilidad, pero es necesario advertir que, en tratándose de actos jurídicos unilaterales, es preciso que éstos pongan "fin a un negocio o actuación administrativa", puesto que las actuaciones jurídicas de mero trámite no abren la posibilidad de la revisión por el contencioso administrativo, a menos que decidan "directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o

hagan imposible su continuación". (artículo 82 C. C. A.; D. 2733/59, artículo 10 y ss).

El artículo 189 C. C. A., se refiere a los actos de las ramas legislativa y jurisdiccional que constituyen materia de lo contencioso administrativo. Dicha norma dice que "el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara. Igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, la Cámara, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario o corporación del orden nacional".

Los actos electorales del Congreso y de la rama jurisdiccional son administrativos por su contenido. En materia de responsabilidad esto interesa en lo que atañe a las relaciones del Estado con sus servidores. Los empleados y funcionarios de las ramas legislativa y jurisdiccional pueden intentar acciones de plena jurisdicción de carácter laboral con base en actos de la rama en que presten respectivamente sus servicios y que afecten sus derechos de servidores públicos, como por ejemplo, las destituciones ilegales, así provengan del Congreso o de los organismos jurisdiccionales, según el caso.

8).- La doctrina moderna se inclina a propugnar la responsabilidad del Estado por las actividades legislativa y jurisdiccional. Es indudable que de una y otra actividades pueden derivarse perjuicios particulares por su ejercicio ilícito. La ley puede estar viciada de inconstitucionalidad y vulnerar derechos subjetivos. Los actos practicados dentro del proceso jurisdiccional frecuentemente ocasionan perjuicios, bien porque son en sí mismos ilegales, ora porque se verifican de manera descuidada. A pesar de los recursos que brinda el procedimiento para subsanarlos, pueden ocasionar daños que merecen ser indemnizados. Además, los recursos procesales no ofrecen garantía absoluta de acierto en la propia decisión jurisdiccional (sentencia y sus equivalentes). En fin, son innumerables las lesiones ocasionadas por la morosidad en la administración de justicia y que no se reparan porque el proceso culmine con una decisión enteramente ceñida a derecho.

No hay, en realidad, fundamentos teóricos para proclamar la irresponsabilidad del Estado en estos campos. La ley no es soberana, puesto que es susceptible de revisión por motivos de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Las incostrastables ventajas

(8) (Anales, T. LXIII, No. 392-6, p. 149).

que ofrece la proclamación del vigor de Cosa Juzgada en las decisiones jurisdiccionales, no son incompatibles con un sistema que, sin afectar las situaciones jurídicas creadas por la sentencia, permita indemnizar a las víctimas de los errores judiciales. No existen motivos serios para proclamar la impunidad del Estado por la práctica negligente y descuidada de las operaciones procesales (como embargos, secuestros, lanzamientos, detenciones y demás medidas compulsivas) o por la demora injustificada en la tramitación de los negocios.

Sin embargo, no existe en nuestro derecho una consagración expresa de la responsabilidad del Estado por esos actos, ni se ve la manera de hacerla efectiva, en caso de que pudiera hablarse de un principio general de responsabilidad. La materia de la jurisdicción contencioso administrativa la constituyen los actos de la Administración. De los actos de las ramas restantes, sólo conoce en virtud de disposición expresa. La jurisdicción ordinaria no conoce sino de los asuntos "de mero derecho privado" en que intervenga como parte "la Nación, un departamento, un municipio, una intendencia, una comisaría o un establecimiento público descentralizado". Por excepción, conoce además de los juicios de expropiación y de las controversias "por la ocupación permanente de bienes inmuebles con ocasión de trabajos públicos". (D. 528/64, art. 6).

Así pues, aunque se pretenda fundamentar positivamente la responsabilidad del Estado por actos del Congreso o de los organismos jurisdiccionales en el art. 16 C. N. y en los "principios generales de derecho", lo cual es muy discutible, no existen Tribunales competentes para conocer de esas presuntas acciones. (9)

Los casos contemplados por los artículos 30 y 31 C. N., relativos a indemnizaciones por expropiación y por creación de monopolios estatales, no son constitutivos de responsabilidad patrimonial porque, como lo explicamos atrás, esas indemnizaciones no surgen del acto ilícito sino que son condiciones del ejercicio regular de atribuciones legítimas del Estado (Vid. Supra N° 1).

Ahora bien, el principio de la irresponsabilidad estatal por el acto legislativo se atempera en la práctica porque la mayoría de las disposiciones del legislador sólo vienen a producir efectos mediante su aplicación por las autoridades administrativas y jurisdiccio-

nales. En tales eventos, puede invocarse el artículo 215 C. N., según el cual "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Las autoridades pueden desconocer, por lo tanto, una disposición inconstitucional del legislador y negarse a aplicarla. Nos inclinamos a pensar que si la Administración aplica leyes inconstitucionales, incurre en responsabilidad, aunque no medie la declaración de inexequibilidad de la ley. De este asunto, que es muy discutible, nos ocuparemos posteriormente.

9).- La condición primera de la responsabilidad del Estado en nuestro derecho está en que el ilícito sea imputable a la Administración Pública. Previamente al análisis del ilícito administrativo, cuestión que abordaremos en el capítulo II, es menester estudiar, así sea a vuelo de pájaro, la organización administrativa y la actividad de la administración, desde dos puntos de vista: el de los sujetos que la realizan y el de su contenido.

La descripción de la organización administrativa interesa para averiguar cuales son los sujetos imputables dentro del régimen de responsabilidad pública. En rigor, la Administración es una manera cómoda de designar el conjunto de los entes personalizados que realizan la función administrativa dentro del Estado. La Administración no es persona jurídica sino el conjunto de las personas jurídicas públicas. Estas entidades vienen a ser los verdaderos sujetos imputables, es decir, los que deben responder de sus actos con sus respectivos patrimonios. No basta afirmar la responsabilidad de la Administración sino que es necesario investigar cual de las personas administrativas debe responder de las consecuencias del ilícito. En otras palabras, hay que precisar cual es el sujeto a que ha de imputarse una determinada actuación administrativa.

Las personas jurídicas o personas administrativas son las siguientes: a) la Nación, es decir, la personificación de la Administración Central (Ley 153/87, art. 80); b) los Departamentos (ib.); c) las Intendencias y Comisarías (Ley 2°/43, art. 1°); los Municipios (Ley 153/87, art. 80); d) las Areas Metropolitanas y Asociaciones de Municipios (C. N. art. 198); e) los establecimientos públicos descentralizados en los órdenes nacional, departamental y municipal (D. 1050/68, art. 5); f) las empresas industriales y comerciales del Estado en los mismos órdenes (ib. art. 6°); y g) las sociedades de economía mixta (ib. art. 8°).

En relación con las empresas industriales y comerciales del Es-

(9) (Cfr. Vidal Perdomo, Jaime, "Derecho Administrativo General", Temis, Bogotá, 1966, p. 543).

tado y las Sociedades de Economía Mixta, es necesario tener en cuenta que, si bien forman parte de la Administración Pública, el régimen de su responsabilidad se ciñe a las mismas reglas a que se sujetan los particulares. En efecto, el D. 3138/68 en el artículo 31 dice que los actos y hechos que las mencionadas entidades "realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

Aunque, en principio, cada entidad pública goza de personería jurídica y, por consiguiente, constituye un sujeto de derechos y obligaciones distinto de las demás personas de derecho público, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiende a ver en la creación de las diversas entidades públicas un simple mecanismo administrativo que no puede ocultar la identidad existente entre todas las personas estatales.

Así, en un fallo del 17 de noviembre de 1967, el Consejo se expresó del modo siguiente: "Para efectos de la responsabilidad, se ha hecho la objeción de que el Estado, en caso de subversión, por no poder actuar conforme a su misión ordinaria, desaparece, y que por lo mismo desaparece también el ente responsable. Pero lo que ocurre es que si ciertamente el Estado puede cambiar de forma, según la mentalidad de quienes estén al comando, siempre hay un Poder, así se ejerza en forma más o menos regular, y así sea su origen más o menos legítimo o ilegítimo. Así y todo, es obvio que el substratum del Estado es la Nación y que la Nación no ofrece esas fugacidades. Por eso ella, que es la definitiva beneficiaria de las rectorías provechosas, es también la que responde en definitiva por los actos y hechos perjudiciales. Mientras que el Estado es un instrumento, la Nación es el sujeto a quien ese instrumento debe servir, que se aprovecha de él, y que no puede recibir con beneficio de inventario el resultado de sus acciones. Todo conduce a indicar que en la esfera más amplia, y ante el desequilibrio de las cargas públicas, siempre se encontrará el sujeto responsable. La Nación es la que responde". (10)

Y en sentencia del 2 de agosto de 1963, la misma corporación sentó la siguiente doctrina: "La regla fundamental del establecimien-

(10) Derecho Colombiano, enero/68, No. 73, p. 40.

to público es que su patrimonio, —segregado del ordinario de la persona estatal que lo organiza para afectarlo exclusivamente al fin de servicio a que ella lo destina—, sigue siendo un elemento del respectivo patrimonio oficial y no puede perder este carácter... Desde luego, es obligada consecuencia jurídica, según nuestras normas institucionales, que la correspondiente persona estatal responderá con su patrimonio de las obligaciones contraídas por el establecimiento cuando quiera que el afecto a éste no resultará suficiente por sí solo para solucionarlas. Ello se debe a que la personalidad del establecimiento público es tan solo, como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, un desdoblamiento de la persona estatal que lo crea y lo dota, destinándole determinados bienes de su patrimonio. Esta afectación o destinación, se repite, no equivale a por sí misma a enajenación. Es apenas un procedimiento para que el servicio se preste mediante el empleo de los bienes que se le destinan, los cuales naturalmente se comprometen en todos los negocios jurídicos que el establecimiento celebre dentro de su objeto. Mas, la potestad y el deber de mantener el servicio en las mejores condiciones posibles corresponden, por imperio de la Constitución y de la Ley, a la persona de Derecho Público". (11)

10).- La actividad administrativa es la desarrollada por las personas jurídicas públicas. Pero éstas, por su carácter ideal, solamente pueden realizar sus fines valiéndose de la actividad que las personas físicas ponen a su servicio. No puede hablarse, en términos reales, de comportamientos de las personas jurídicas. Sin embargo, el derecho imputa determinadas conductas humanas a las personas jurídicas y es en virtud de una norma atributiva como puede decirse que dichas entidades actúan en la vida jurídica, económica, etc.

La doctrina, en general, considera que la actividad administrativa es la realizada por los individuos que tienen la calidad de funcionarios públicos, siempre y cuando lo hagan en ejercicio de sus funciones. Se trata, desde luego, de funcionarios adscritos a la rama ejecutiva, o mejor, a cualquiera de los entes personalizados que la integran.

La noción de funcionario público se toma en un sentido amplio, que no siempre coincide con los textos legales. Estos, en realidad, no ofrecen un concepto preciso de lo que ha de entenderse por "fun-

(11) Derecho Colombiano, abril/66, No. 52, p. 412.

cionario público". Por ejemplo, la definición del artículo 5º del D. 1732/60 no pretende tener efectos generales. Se trata de un concepto instrumental para la reglamentación de la carrera administrativa y el servicio civil. Es así como quedan excluidos de la categoría de los funcionarios públicos "quienes prestan al Estado servicios *ocasionales*, como los peritos; *obligatorios*, como los jurados de conciencia o de votación; *temporales*, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o de una obra". (D. 1732/60, artículo 1º in fine).

La definición más amplia es la que trae el artículo 5º del C. de R. P. y M.- Dice el texto citado que "son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos cálidos. Dichos empleados se clasifican en tres categorías, a saber:

"1ª).- Los magistrados, que son empleados que ejercen jurisdicción o autoridad;

"2ª).- Los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados, y

"3ª).- Los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar aún sin tener la calidad de empleado".

Creemos que esta definición, bastante vaga, puede mejorarse, sin que pierda su sentido, con el concepto de funcionario público que brinda Sayagués Laso y su consiguiente explicación. El ilustre jurista uruguayo considera como funcionario público a "todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal". (12)

Este concepto, según el autor citado, contiene tres elementos esenciales:

"a) Ejercicio de *funciones públicas*, cualesquiera sean. Es indiferente su naturaleza. Son igualmente funcionarios los que ejercen funciones administrativas, como los que tienen a su cargo funciones legislativas o jurisdiccionales; los agentes políticos como los que no lo son; los funcionarios llamados de carrera y los que ejercen fun-

(12) (Sayagués Laso, op. cit., p. 263).

ciones con carácter transitorio o accidental; los que actúan mediante remuneración o los meramente honorarios; etc.

"b) La actividad debe prestarse en entidades estatales, es decir, *incorporados* a ellas, constituyendo uno de sus elementos integrantes. Esa incorporación tiene lugar por los distintos procedimientos que el derecho prevé: designación, elección, etc. No interesa que la incorporación sea voluntaria o forzada. Corrientemente ocurre lo primero; pero en ciertos casos, como en el servicio militar obligatorio, pasa lo segundo.

"Si no hay incorporación a la actividad estatal se está en presencia de otras figuras jurídicas, algunas de las cuales entran en la denominación de colaboradores, que ha popularizado la doctrina: los concesionarios de servicios públicos, los particulares que prestan su actividad mediante contratos de obra o de servicio, los que cumplen ciertas cargas públicas, etc.

c) La prestación debe realizarse en una *entidad estatal*, cualquiera sea ésta: Estado, provincias, municipios, entes descentralizados, etc. Por consiguiente, no son funcionarios públicos los empleados de las empresas concesionarias de servicios públicos, ni los que trabajan en empresas públicas no estatales". (Las subrayas son del texto) (13).

Esta definición se refiere a todos los funcionarios públicos. Debemos recordar, sin embargo, la salvedad que hicimos atrás: solamente ejercen actividades administrativas los funcionarios vinculados a la rama ejecutiva del poder público.

La incorporación es el elemento que permite distinguir a los funcionarios públicos de otros individuos que de alguna manera se vinculan con el Estado. Para emplear la terminología de Gacía Oviedo, diremos que dicho elemento diferencia a las personas que actúan *por* el Estado de aquellas que actúan *para* el mismo (14). Los actos de las primeras son referibles al ente público; los de las segundas no lo son, aunque se ejerzan con miras a la satisfacción del interés público.

11).- Vamos a referirnos con más detalles a la incorporación. A nuestro modo de ver, este fenómeno, cualquiera que sea su origen, se manifiesta de dos maneras:

a).- En los *representantes* de las personas públicas, es decir, en

(13) Sayagués Laso, op. cit. p. 263-4).

(14) (V. García Oviedo, Carlos, "Derecho Administrativo", Madrid, 1962, T. II, p. 64).

aquellos que tienen el cometido de producir actos jurídicos a nombre de las entidades administrativas. Estas, para el cumplimiento de sus fines, necesitan actuar en la vida jurídica, emitiendo declaraciones de voluntad, unilaterales o bilaterales, tendientes a producir efectos de derecho. Esa función, como es obvio, solamente la pueden realizar a través de las personas físicas, a las cuales se les asignan funciones de representación. La representación, como es sabido, consiste en que los actos de una persona, por disposición del derecho (la ley o el contrato) radican en cabeza de otra. Así, los actos de los representantes de las personas públicas, verificados en ejercicio del poder de representación, se entienden celebrados por la entidad representada.

Entonces, todo individuo que por disposición del derecho tenga el cometido de producir actos jurídicos a nombre de las entidades administrativas, se entiende incorporado a éstas.

La doctrina mayoritaria, sobre todo después de la célebre exposición de Michoud, prefiere hablar de órganos de las personas jurídicas, en lugar de representantes de las mismas. Se estima que la teoría de la representación es inaplicable al Estado, pues no se concibe quien pueda dar a éste tal o cual representante. En efecto, la representación es legal o voluntaria. La primera es impuesta por la ley; la segunda nace de la autonomía de la voluntad. Ninguna de estas formas le cabe al Estado porque éste es quien hace la ley, es decir, que previamente al derecho del Estado, debe existir algún sujeto que actúe por él y encarne su voluntad. En segundo término, el Estado no puede elegir entre tener representantes o carecer de ellos, que es el supuesto de la representación voluntaria. Por último, se considera que los órganos de las personas jurídicas tienen una capacidad más amplia para comprometerlas que los de los meros representantes, legales o convencionales, frente a sus representantes. (15)

La primera objeción no es decisiva. Los funcionarios públicos actúan a nombre del Estado por disposición de la Constitución o de la ley. Hay normas de imputación previas a ellos. El problema radica, más bien, en señalar la calidad del autor de las normas supremas de atribución, es decir, del constituyente del Estado. Antes de la constitución del Estado, no existen normas de derecho interno que le se-

(15) (Vid. Sayagués Laso, op. cit., p. 178 y ss.).

ñalen determinado representante. Esto parece indicar que quienes gozan del poder constituyente actúan en calidad de órganos del Estado. Sin embargo, si se mira el asunto desde la perspectiva del Derecho Internacional y se entiende que la función esencial de éste consiste en fijar los ámbitos de validez de los diversos órdenes estatales, puede pensarse que el constituyente obra en virtud de una norma atributiva de competencia de Derecho Internacional. Se trata de una norma muy amplia, según la cual todo individuo o grupo de individuos que efectivamente detenten el poder dentro del Estado o dentro de un grupo que pretenda constituirse en Estado, gozan del poder jurídico de representarlo.

La representación del Estado procede, entonces, del Derecho Internacional y del Derecho Interno. En algunos casos, puede hablarse de una representación voluntaria, como cuando se encarga a un abogado de la función de representarlo en juicio.

La última objeción es de menor entidad. Es cierto que el poder de representación de los agentes públicos es, por ciertos aspectos, más amplio que el de los representantes ordinarios. Los actos celebrados en ejercicio de sus funciones se presumen válidos y, aún declarada su ilicitud o invalidez, pueden comprometer la responsabilidad de las personas públicas. Pero esto indica una forma amplia de representación y no una negación de su concepto. Aún con esa amplitud, es posible seguir considerando que los actos de los funcionarios, radican, en razón de una norma atributiva, en cabeza de las entidades representados por ellos.

b).- Los sujetos vinculados a las entidades públicas mediante una relación de trabajo, también se consideran incorporados a ella. Los actos materiales realizados por quienes se ligan a la Administración por una relación de trabajo, ejercidos en desarrollo de ese vínculo, tienen, en sentido amplio, el carácter de operaciones administrativas. De cierto modo, se entienden realizados por la Administración. Así, cuando la Administración resuelve realizar una obra con sus propios trabajadores, en lugar de valerse de los servicios de un contratista de obra, se dice que la labor es realizada por la propia Administración.

Por relación de trabajo no entendemos propiamente la nacida del contrato de trabajo. Ciertamente es que dicho contrato es la fuente más usual de la relación de trabajo; pero ésta puede tener otros orí-

genes, como el contrato de función pública, la imposición unilateral del Estado (servicio militar obligatorio), etc.

En la relación de trabajo, el prestador del trabajo pone a disposición de otra persona (patrono, empresario, etc.), *la propia energía de trabajo*, sin mirar a la obtención de determinado resultado y asume, por consiguiente, una obligación de hacer. Ahora bien, esa relación se caracteriza en forma decisiva por la "posición de *subordinación o dependencia*", en que el prestador del trabajo viene a encontrarse frente al empresario, y en virtud de la cual éste tiene el poder de *dirigir*, o sea *aplicar*, la energía de trabajo del prestador, hacia uno u otro objetivo o resultado, a su exclusiva elección. Del elemento "subordinación" deriva también para el prestador del trabajo "el elemento ausencia de riesgo económico" y además de "riesgo de trabajo"; el uno y el otro gravan sobre el empresario, porque son inherentes al concepto mismo de empresa; o bien gravan sobre quien se valga en beneficio propio, del trabajo ajeno subordinado". (16)

Mario de la Cueva enseña que "la esencia de la relación de trabajo estriba en que el patrono se encuentra, en todo momento, en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo de sus obreros, según convenga a los fines de la empresa". Más adelante, dice que en la relación de trabajo el trabajador "subordina su fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa". (17)

Por regla general, el patrono o empresario que se sirva del trabajo subordinado de otros, debe una compensación de contenido, complejo, cuyo elemento principal es el salario. Sin embargo, no se excluye de modo absoluto la posibilidad del trabajo voluntario no remunerado.

Este concepto de trabajo dependiente, que ha sido ampliamente desarrollado en el derecho laboral, permite explicar la manera como el prestador de trabajo queda incorporado a la organización que se beneficia de su fuerza de trabajo. La relación de trabajo implica ostensibles limitaciones a la libertad del trabajador, pues el contenido, las finalidades y los resultados de su esfuerzo le vienen dictados por el patrono, quien se beneficia o perjudica directamente de la ges-

(16) (Messineo, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", EJEA Bs. Aires, 1955, T. V., p. 250).

(17) (De la Cueva, Mario "Derecho Mexicano del Trabajo", Porrúa, México, 1943, T. I, ps. 404-7).

ción del trabajador, es decir, asume el riesgo del éxito o el fracaso de la empresa. Guardadas las debidas proporciones, puede decirse que el trabajador viene a ser un mero ejecutor de la voluntad del patrono. En el caso de las personas jurídicas, se convierte en instrumento de la voluntad de los representantes de aquéllas.

Por no ejercer funciones de representación o no estar vinculados a las personas públicas por una relación de trabajo dependiente, los concesionarios, los contratistas de obras y servicios, los transportadores y otras personas cuyos servicios benefician a la Administración o le ayudan a alcanzar sus fines, no se entienden incorporados a ella. Se trata de sujetos que no actúan *por* la administración sino *para* ella, aunque, en cierta medida, sus labores sean susceptibles de control por las autoridades administrativas.

12).- Diremos, en seguida, algunas palabras sobre el contenido y las formas de la actividad administrativa.- Sayagués Laso considera que la actividad administrativa "tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales. Quiere decir que el contenido de la actividad administrativa es doble: por un lado, declaraciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos; por otro lado, realización de hechos". (18)

Los cometidos estatales son las tareas o actividades que el derecho pone a cargo de las entidades públicas. Las actividades del Estado son muy variadas, sobre todo en la época moderna, en la que el Estado ha asumido una postura marcadamente intervencionista. El Estado tiende a controlar cada vez con mayor rigidez las actividades privadas; además, se inclina a multiplicar los servicios públicos. Ya no se somete a prestar sólo los tradicionalmente llamados servicios esenciales, como los de defensa, de policía, de justicia, de obras públicas, etc., sino que extiende su radio de acción a un número creciente de actividades.

Las múltiples actividades del Estado se realizan de diversas maneras. A veces, el cometido se cumple con la expedición de una norma jurídica general, impersonal y abstracta. Pero lo más frecuente es que la realización plena del cometido fijado por el derecho requiera la expedición de actos jurídicos de efectos individualizados e, incluso, de la realización de operaciones materiales. Por ejemplo, si el

(18) (Sayagués Laso, op. cit., p. 381).

Estado estima necesario prestar un servicio determinado, es preciso expedir una norma que le atribuya ese cometido y organice el servicio. La labor le corresponde, en principio, al legislador. Pero ahí no se agota el cometido estatal. La norma hay que aplicarla. Para ello, es menester procurarse los medios humanos y materiales para la prestación del servicio. Esos medios pueden obtenerse mediante contratos de diversa índole (de función pública, de trabajo, de obras, de suministros, etc.), o acudiendo a la potestad de imposición unilateral del Estado (expropiación). Organizados los recursos, viene la prestación del servicio, lo cual exige la realización de operaciones materiales (la atención médica, el dictado de la cátedra, el expendio de los víveres, la explotación del yacimiento mineral, etc., según la actividad de que se trate). Igual acontece con la regulación y el control de la actividad individual. La norma general señala determinados requisitos para el ejercicio de una actividad y prescribe las sanciones para el caso de incumplimiento. Con frecuencia será necesario dictar reglamentos, conferir autorizaciones, expedir actos que definan una situación jurídica individual y permitan aplicar una situación jurídica general, imponer sanciones, en fin, si ello es preciso, llegar a realizar operaciones materiales de vigilancia, de control, de coerción, etc.

En los regímenes modernos, esa función de aplicación y realización del derecho general le corresponde a las autoridades administrativas. Las autoridades administrativas la realizan por medio de actos jurídicos, que pueden ser unilaterales o bilaterales, y de operaciones materiales. La noción de acto jurídico es bien conocida y no es necesario entrar a explicarla aquí. Recordaremos únicamente que el acto jurídico administrativo es toda declaración de voluntad de la Administración destinada a producir efectos jurídicos, si bien la doctrina, por su importancia, suele considerar que el acto administrativo es el unilateral de la Administración que produce efectos individuales o permite la aplicación de una situación jurídica general e impersonal a un caso concreto. Pero esto es cuestión de terminología que no viene al caso. A los actos jurídicos unilaterales se refieren los artículos 62 a 66 del C. C. A.

Lo interesante en este lugar es la determinación de los conceptos de operación y hechos administrativos, utilizados por el artículo 68 C. C. A. El Consejo de Estado dio una explicación acertada de esas nociones en un fallo publicado en los Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, p. 150 y ss. de 1961. Veremos en seguida los aspectos esenciales de la doctrina del Consejo sobre esta materia.

La noción de operación administrativa se vincula íntimamente con el concepto de acto administrativo. Este no siempre cumple las finalidades que pretende, mediante su mera expedición. Como lo vimos atrás, la norma debe ser desarrollada mediante actos jurídicos individualizados, que por definición son declaraciones de voluntad, y muchas veces es necesario acudir a la realización de actos materiales, también voluntarios, pero que tienen por objeto la producción de estos efectos jurídicos.

“La operación administrativa —sigue diciendo el Consejo— tal como surge de los artículos 68 y 83 del C. C. A., es generalmente el proceso de ejecución de la ley y de un acto. La norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta. De allí que la operación sea la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho y que siempre esté vinculada mediatamente a la ley, e inmediatamente a un acto de la administración expreso o tácito.

“El acto y la operación, en sus diversas modalidades, constituyen siempre manifestaciones de la voluntad administrativa del poder público. Los actos materiales que forman la operación, no son más que el fruto de la actividad voluntaria y del obrar de la Administración. En razón de que se realizan materialmente, pudieran catalogarse como hechos administrativos, pero semejante apreciación llevaría a confundir dos conceptos que los estatutos diferencian”.

El artículo 68 C. C. A. habla de operaciones y de hechos administrativos. Sugiere con ello que se trata de nociones diferentes. El Consejo busca el criterio para diferenciarlas. La distinción no puede fundarse en la materialidad de los actos “porque ese elemento es común a ambos y sólo podría servir para establecer una identidad que los textos repelen. El criterio de distinción —asevera el Consejo— no puede ser otro que el aceptado universalmente por la ciencia del derecho para diferenciar el acto jurídico del hecho jurídico: la voluntad del agente. En principio, la idea de hecho jurídico sólo está limitada por la fuerza que las normas le otorguen para generar efectos de derecho. Cualquier suceso determinado por simples fenómenos físicos, por la conjunción de elementos naturales y humanos, o por la sola intervención del hombre, es un hecho jurídico *in genere*, siempre que la ley le asigne consecuencias de derecho. Pero esa concepción general ha sido desarrollada por la filosofía y la ciencia jurídicas en el sentido de estructurar dos categorías diferenciadas; el acto jurídico, como fruto de la voluntad humana: es esta la causa generadora, directa y necesaria del fenómeno de derecho; y el hecho ju-

rídico específico, como producto de las fuerzas naturales solamente, de la intervención mediata o indirecta del hombre, o de ambos factores coaligados. La voluntad no actúa como el elemento principal y determinante del suceso”.

En los hechos administrativos de que habla el artículo 68 C. C. A., “el querer de la Administración no actúa directamente. Es cierto que la actividad estatal es la ocasión para que se produzca el hecho, pero también es evidente que éste ocurre a pesar de que no se desea. Con motivo del ejercicio de la función administrativa, de la construcción de obras públicas, de las actividades de defensa nacional, de la prestación del servicio, o de la ejecución de una operación, etc., pueden ocurrir hechos contrarios a la voluntad de la administración, como el derrumbe de una obra, el estallido de un polvorín, o un accidente ferroviario. Esos hechos pueden ser ocasionados por razón de un riesgo creado por la Administración o por faltas en la organización o en la prestación del servicio, pero no tienen origen directo en la voluntad administrativa del Estado. Esa nota característica impide que se les identifique con aquellos otros actos materiales que forman parte de la operación y que fueron realizados voluntariamente por la Administración”. (19)

En síntesis, el acto, la operación y el hecho administrativos tienen en común la materialidad: acontecen en el tiempo y en el espacio. El acto y la operación se parecen en que ambos son comportamientos voluntarios de la Administración, pero el primero busca producir efectos jurídicos mientras que la segunda pretende la aplicación en último grado del derecho. El hecho administrativo no es querido por la Administración, pero es el producto de su actividad.

Creemos que la explicación dada por el Consejo de Estado aclara suficientemente el sentido de las expresiones acto, operación y hecho administrativos. La distinción entre los dos últimos no había sido hecha hasta entonces con la claridad suficiente. El mismo Consejo, en oportunidades anteriores, no había logrado precisarlas. Por ejemplo, confundía las nociones de hecho administrativo y de vía de hecho, cuando ésta última no es otra cosa que la operación administrativa ilícita, como lo veremos posteriormente. (20)

Resta decir que acogemos la doctrina expuesta en cuanto a las definiciones que ofrece, pero no en lo relativo a la teoría del riesgo que se proclama en el texto que acabamos de transcribir. En el capítulo siguiente justificaremos nuestras reservas acerca de esa teoría.

(19) (Anales, T. LXIII, No. 392-6, 1961, p. 150 y ss.).

(20) (Vid., Ortega Torres, Jorge, “Código Contencioso Administrativo”. Temis, Bogotá, 1965, p. 182).

“EL ACTO ILÍCITO”

1).- El acto ilícito es la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica. Puede ser definido también como la conducta prohibida bajo la amenaza de una sanción jurídica, con lo que se da una idea más precisa del ilícito en derecho, pues como dice Kelsen, “porque una conducta está prohibida, o porque es la condición de una sanción, esa conducta es una transgresión. No hay *mala in se*, sólo hay *mala prohibita*”. (subrayas textuales). (1)

Al decir que el acto ilícito es conducta, afirmamos que se trata de un comportamiento activo o pasivo del hombre. El ilícito no es solamente un fenómeno que acontece en el tiempo y en el espacio, susceptible de ser calificado como contrario a un precepto jurídico. Es, además, un hecho del hombre. En efecto, en último término el ser humano es el destinatario exclusivo del deber jurídico. Es dudoso que lo sea en razón de que es el único sujeto dotado de conciencia y voluntad, aunque este concepto constituya uno de los pilares del moderno derecho privado. Parece más bien que el fundamento radica en que las relaciones sociales solamente se dan entre seres humanos, y, precisamente, el objeto del derecho es la regulación de la conducta intersubjetiva, esto es, del comportamiento con respecto a los demás hombres. El hecho social, materia de la regulación jurídica, no se da sino entre seres humanos.

2).- Lo dicho indica que las personas jurídicas, que son realidades normativas no necesariamente vinculadas a un sustrato sociológico, no pueden ser agentes de comportamiento alguno, lícito o ilícito, por carecer de las condiciones psico-físicas necesarias para ello. Aún vinculadas a un sustrato sociológico, sólo vendrían a ser la personificación de un conjunto de relaciones entre hombres o de relaciones entre esas relaciones. (2)

No hay, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, actuaciones imputables a las personas jurídicas. Sin embargo, como lo señalamos en el capítulo anterior, hay comportamientos humanos que

(1) (Kelsen-Cossio, “Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho”, Ed. Kraft, Bs. Aires, 1952, p. 74).

(2) (Vid., Brimo, Albert, “Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de l'Etat”, Ed. A. Pedone, París, 1967, p. 420).

les son atribuidos en virtud de una norma jurídica que así lo dispone. El derecho reconoce la personalidad jurídica de los grupos, o de ciertas masas de bienes, o de ciertas organizaciones de recursos humanos y materiales que obedecen al concepto de empresa, independientemente de que en su formación se dé la voluntad de varias personas o de una sola, para obtener determinados efectos nomativos. En lo sustancial, hay razones de técnica social que aconsejan separar la titularidad de ciertos derechos y obligaciones de las personas físicas para atribuírselas a entes ideales. Es lo que ha sucedido, para dar un ejemplo pertinente, con el fenómeno de la "institucionalización del Poder" que consiste, en pocas palabras, en trasladar el derecho de mando de los jefes o gobernantes al Estado, es decir, de la persona individual concreta que lo ejerce a una entidad abstracta. (3)

Las personas jurídicas, incluidas las públicas, son sujetos de derechos y obligaciones. No pueden, empero, ejercer los unos ni cumplir las segundas sino mediante la actividad que las personas físicas ponen a su servicio. Necesitan, según vimos, incorporar personas físicas por medio de relaciones de representación o de trabajo para cumplir sus fines. Las personas físicas a quienes se atribuye la realización de los cometidos de las personas jurídicas están encargadas de ejercer por éstas los derechos de que son titulares y de cumplir las obligaciones que las gravan. Así como la adquisición o el ejercicio de un derecho de la persona jurídica por parte de sus agentes le son imputables a aquélla, también el cumplimiento o la inejecución de un deber suyo por el encargado de realizar el comportamiento correspondiente, le son atribuíbles a la entidad, haciéndola, por consiguiente, responsable de la infracción cometida.

Las obligaciones de las personas jurídicas no son solamente las contraídas por sus agentes en ejercicio del poder de representación de que gozan. Sobre ellas pesan deberes legales de varia índole, cuya inejecución las constituye en responsables. La Administración Pública, como lo explicaremos después, se halla vinculada de modo intenso al principio de juricidad; las personas jurídicas privadas están sometidas a deberes para con el Estado, como por ejemplo, pagar impuestos, cumplir ciertos requisitos sanitarios en sus instalaciones, llenar determinados trámites para importar los objetos que necesitan, etc. Es más, sus finalidades no se cumplen enteramente con la

celebración de actos jurídicos. En realidad, el acto jurídico es un medio que se les brinda, entre otros, para la satisfacción de sus intereses, al igual que a las personas físicas. El objeto último de toda persona jurídica es la producción de bienes o la prestación de servicios; para ello necesitan no sólo celebrar actos jurídicos sino realizar operaciones materiales. Los servicios que constituyen el cometido de las personas jurídicas deben ser organizados y prestados de manera que no atenten contra los derechos de terceros. Si se organizan o se prestan de manera descuidada y de ahí se derivan lesiones a derechos ajenos, se viola el deber general de "diligencia y cuidado" que pesa sobre todos los que realizan algún comportamiento. A este deber se hallan sometidas las personas jurídicas por el hecho de manifestarse en la vida de relación. Son deberes de las personas jurídicas para con la sociedad en general, que deben ser cumplidos por los agentes encargados de organizar y ejecutar sus cometidos.

3).- La responsabilidad de las personas jurídicas se compromete necesariamente por el hecho ajeno, ya que no pueden actuar de ningún modo. Las teorías que fundan la responsabilidad de dichas personas en actuaciones que le son atribuíbles en virtud de la existencia de un vínculo biológico, psicológico o espiritual que las une con sus agentes y hace de éstos los meros instrumentos de un supuesto querer colectivo, son inverificables, al menos en el estado actual de nuestros conocimientos.

Con todo, la afirmación de que la responsabilidad de las personas jurídicas nace por el hecho ajeno, no obsta para proclamar su responsabilidad directa. A nuestro entender, los conceptos de responsabilidad directa o indirecta no coinciden con los de responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno. El criterio para reconocer la responsabilidad directa radica en la coincidencia entre el sujeto pasivo de la obligación violada y el sujeto pasivo de la sanción correspondiente. Si ambos sujetos se separan, de modo que la sanción recaiga sobre un sujeto distinto del obligado, la responsabilidad es indirecta. La distinción entre las responsabilidades por el hecho propio y por el hecho ajeno se funda en el autor material de la infracción. Si el autor material es el mismo sancionado, su responsabilidad nace del hecho propio. Por el contrario, cuando la sanción se dirige contra un sujeto distinto del agente de la violación, el sancionado resulta comprometido por el hecho ajeno. En consecuencia, la responsabilidad de la persona jurídica es directa si brota del incum-

(3) (Vid., Duverger, Maurice, "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", Ariel, Barcelona, 1962, ps. 48-9).

plimiento de un deber que pesa sobre ella, e indirecta, si nace de la inejecución de un deber ajeno.

Estas distinciones básicas no han sido advertidas por la doctrina tradicional y por ello no se ha conseguido entender a cabalidad el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas. De ahí que se haya llegado a pensar que dicha responsabilidad es indirecta porque las personas jurídicas no pueden desarrollar actividades propias por ineptitud ontológica; o directa, debido a que, de alguna manera, absorben o incorporan a sus agentes, cuya individualidad se desvanece misteriosamente en el ejercicio de la función, lo que se explica mediante símiles inaceptables con el acontecer natural; o que esa responsabilidad es directa si el autor de la infracción es un órgano de la persona jurídica, e indirecta si se trata de un mero subordinado.

Nos parece que en las anteriores explicaciones se ha incurrido en errores de método al no comparar las soluciones de la responsabilidad extracontractual con las de la contractual y no aplicar en debida forma el principio de la analogía al tratar de resolver cuestiones de responsabilidad de las personas jurídicas.

Las reglas sobre responsabilidad extracontractual fueron elaboradas teniendo en mente las actuaciones de las personas físicas. Al parecer, según el concepto de José J. Gómez, "ni el Código de Napoleón, ni el del señor Bello, ni legislación alguna del siglo pasado proveyeron sobre la responsabilidad aquiliana del sujeto jurídico, creación de la ley. Se legisló solamente para la persona física" (4). La responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas no ha tenido consagración legislativa expresa, salvo en lo tocante con las personas públicas. Razones de equidad movieron a los Tribunales a reconocer la responsabilidad extracontractual de dichas entidades, con fundamento en la aplicación analógica de las reglas sobre responsabilidad de las personas físicas. Ahora bien, en la responsabilidad de las personas naturales lo primero que parece advertirse es la distinción entre la responsabilidad por el hecho propio (arts. 2341 y 2356 C. C.) y la responsabilidad por el hecho ajeno (arts. 2347 y 2349 C. C.), con ostensibles diferencias normativas entre las dos (arts. 2352 y 2358 C. C.). No se profundizó en el contenido de la distinción, la cual se adapta a los modos de obrar de las personas físicas, y se quiso aplicarla a las personas jurídicas, teniendo siempre como mo-

(4) (Crónica Judicial, 1964, No. 297, p. 37).

delo a las personas naturales. Se ha querido estudiar, entonces, cómo obran naturalmente las personas jurídicas. Más por ese camino no podía avanzarse mayor cosa, pues las personas jurídicas no actúan naturalmente en ningún sentido. Como lo dijimos atrás, la doctrina ha vacilado mucho en esta cuestión; es más, ha llegado a aplicar soluciones contrarias a casos similares, destruyendo así el principio de analogía, como pasamos a verlo en seguida.

Consideremos primero la tesis de la responsabilidad indirecta de la persona jurídica. Por ejemplo, debido a una falla en la organización de una empresa resulta lesionado un tercero. Si el propietario de la empresa es una persona jurídica, responde de modo indirecto; si, por el contrario, se trata de un empresario individual, éste responde directamente, pues violó el deber de organizar con diligencia y cuidado la prestación de sus servicios. Este es un deber que pesa sobre todos los empresarios, individuales y colectivos, pues surge del hecho de poner a funcionar bajo su riesgo y beneficio un género de actividades. No se ve, por lo tanto, una razón valedera para aplicar soluciones diferentes a dos casos similares.

La tesis de la responsabilidad directa, tal como se ha venido enseñando, conduce a contradicciones parecidas. Tómese por caso al conductor de un vehículo que, por violar una regla de tránsito, ocasiona un accidente. Si está al servicio de una persona natural, ésta responde indirectamente; pero si su patrono es una persona jurídica, la responsabilidad de ésta es directa. Ahora bien, las reglas del tránsito van dirigidas generalmente a los conductores de vehículos; sus destinatarios no son, por lo común, los patronos, o los propietarios. La responsabilidad en la hipótesis contemplada surge de la violación de un deber cuyo sujeto pasivo es el conductor del vehículo. Tampoco se advierte aquí la justificación para aplicar dos soluciones contrarias a casos similares.

Los ejemplos que acabamos de considerar muestran que la manera de encarar satisfactoriamente el problema está en la apreciación del deber violado y no en buscar el modo como obran naturalmente las personas jurídicas. Enfocado así el asunto, se hace luz sobre el contenido de las reglas de los arts. 2341 y 2356 C. C. y 2347 y 2349 C. C.

Los arts. 2341 y 2356 C. C. tratan de la responsabilidad del autor del daño por "su delito o culpa" o "por malicia y negligencia suyas", esto es, por violación de sus propios deberes; los arts. 2347 y 2349

C. C. se refieren a la responsabilidad por hechos ajenos, en los que no hay violación de deberes del responsable indirecto. Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad indirecta se funda en la culpa in vigilando o en la culpa in eligendo, es decir, que hay de parte del responsable indirecto la violación de un deber suyo, pero esas teorías no se ajustan a nuestro derecho positivo, que no permite salvar la responsabilidad probando la vigilancia o la elección esmeradas del autor del hecho, salvo el caso excepcional del artículo 2347 in fine (vid., infra N° 4).

Ahora bien, si la responsabilidad directa por el hecho ajeno no aparece con claridad en el artículo 2341 y ss., los artículos 1506 y 1738 C. C. permiten afirmarla en la responsabilidad contractual, con lo que se advierte que no se trata de un evento exótico sino de una solución basada en el derecho positivo. El artículo 1506 considera el fenómeno de la representación; dice así: Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo". El representante facultado para cumplir una obligación contractual del representado, es decir, para ejecutar un acto jurídico a su nombre, compromete directamente la responsabilidad contractual del deudor si incumple su encargo o lo cumple mal. Por su parte, el artículo 1738 C.C. dice que "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable", de donde se infiere que, por ejemplo, el hecho o culpa del dependiente que impiden el cumplimiento de las obligaciones contractuales del patrono son imputables a éste.

La comparación de las soluciones de la responsabilidad contractual con las de la responsabilidad extracontractual es factible, pues, como lo ha demostrado la doctrina moderna, las diferencias que separan a la una de la otra son accesorias y no de naturaleza. La fecundidad de este método comparativo la seguiremos advirtiendo más adelante, particularmente en los problemas de la culpa y el daño. Digamos de una vez sobre lo primero, que la admisión de la culpa contractual de las personas jurídicas, radicada en sus representantes y agentes, permite suponer la culpa aquiliana de dichas entidades. (5)

4).- Las explicaciones anteriores pueden parecer inconducentes porque en materia administrativa existen disposiciones que, sin lugar

(5) (Vid., Vodanovic, Antonio, "Curso de Derecho Civil", Ed. Nascimento, Santiago, 1962, T I. V. II, p. 356).

a dudas, consagran la responsabilidad directa de las personas públicas. Los artículos 62 y ss. del C. C. A. hablan de indemnizaciones por actos, operaciones y hechos administrativos; de modo más explícito, los artículos 30 y 32 del D. 528/64 tratan de la responsabilidad de la Administración "por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho" (subrayamos nosotros).

Sin embargo, a pesar de los textos citados el problema de la responsabilidad directa o indirecta de las personas públicas sigue vigente. En efecto, ahí se habla de actos, operaciones y hechos de la Administración, pero no se dice cuando hay en verdad manifestaciones administrativas. Por lo tanto, no se resuelve la cuestión de cuando el acto del agente es imputable a la Administración y cuando se trata de un acto personal. El criterio propuesto por nosotros, fundamentado en el Código Civil, permite decir que cuando el agente público en ejercicio de sus funciones viola un deber de la Administración, ésta responde directamente; pero si infringe un deber personal suyo, la responsabilidad administrativa se compromete de modo indirecto.

El régimen del C. C. A. y del D. 528/64 se refiere expresamente a la responsabilidad directa de la Administración. No habla de la responsabilidad indirecta. Con todo, pensamos que ésta última puede fundarse en la aplicación analógica del artículo 2349 C. C., pues no hay razón para que el Estado, como los demás patronos, deje de responder por ciertas faltas personales de sus subordinados.

La jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado no admite la responsabilidad indirecta del Estado, fundada en el artículo 2349 c. C., porque, según se dice, la responsabilidad de que trata dicho artículo nace de las supuestas culpa in eligendo o in vigilando del patrono. Ahora bien, se alega que el Estado, como tal, no puede incurrir en culpa, o que no tiene libertad para la selección de sus agentes, o que le es imposible vigilarlos; en fin, se dice que el Estado no puede incurrir en las mencionadas culpas in eligendo e in vigilando, consistente la primera en un error en la selección del agente, y, la segunda, en un error en su vigilancia.

Esta objeción carece de vigor porque la responsabilidad de que tratan los artículos 2347 y 2349 C. C. no tiene fundamento en tales culpas. Como lo observamos atrás, las personas encargadas del cuidado de otras y los patronos no se liberan de responsabilidad probando la ausencia de culpa en la elección o en la vigilancia de las personas por quienes responden. En algunos casos de los contemplados

en el artículo 2347 C. C. no puede hablarse de elección de las personas a cargo. Además, ni en el artículo 2347 ni en el 2349 se alude a la elección para sustentar la responsabilidad indirecta. En cuanto a la vigilancia, es verdad que los artículos 2347 y 2349 se refieren a ella para excluir la responsabilidad en algunos casos en que ha sido ejercida. Sin embargo, no es una idea decisiva para fundamentar la responsabilidad indirecta.

Veamos: el inciso final del artículo 2347 dice que los padres, guardadores, etc., quedarán liberados de responsabilidad "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho". Esto supone haber ejercido efectivamente la vigilancia sobre las personas a cargo. Sin embargo, hay casos en que la vigilancia es imposible y su falta, por consiguiente, no puede imputarse a culpa. A pesar de todo, se incurre en responsabilidad.

El artículo 2349 C. C. dice que "los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes".

La exoneración de responsabilidad de que trata la parte final se debe más al *modo impropio* de la conducta del subordinado que a la vigilancia ejercida por el patrono. Si el subordinado obra de "modo impropio", el patrono se libera siempre y cuando no haya tenido medio de preverlo "empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente". Por el contrario, si el modo impropio de la conducta del subordinado era previsible o evitable mediante una vigilancia ordinaria, el patrono responde. Ahora bien, la responsabilidad del patrono se compromete siempre que el subordinado obre de "modo propio", aunque lo haya vigilado en la forma más cuidadosa. De ahí se colige que no es la vigilancia del patrono sino el modo impropio no previsible de la conducta del servidor lo que en principio excluye la responsabilidad de aquél.

Según creemos, el *modo impropio* se refiere a una falta burda, particularmente grosera, casi imposible de prever. Tomemos por caso el de un cobrador que, en un acceso de cólera, golpea a un cliente

del patrón que demora el pago de una cuenta. Si el patrono conocía el carácter violento de su dependiente, o podía conocerlo mediante una vigilancia ordinaria, no queda libre de responsabilidad aunque haya ejercido hasta el máximo su autoridad. En cambio, si las manifestaciones del carácter del dependiente no daban lugar a pensar que llegaría a obrar de ese modo, el patrono no compromete su responsabilidad, así se prueba que no lo vigila con la debida atención.

Más que en el principio de la culpa, los artículos 2347 y 2349 parecen fundar la responsabilidad indirecta sobre la idea de garantía o de riesgo. No se trata de una garantía absoluta del riesgo creado por las actividades de las personas a cargo o de los dependientes, pues ese riesgo debe desenvolverse dentro de ciertas condiciones. En efecto, la actividad excesivamente anormal de los hijos, pupilos, etc., o de los criados o sirvientes excluye la responsabilidad indirecta.

La objeción esgrimida contra la aplicabilidad del artículo 2349 C. C. a los casos de responsabilidad pública no es válida. Advertimos, eso sí, que el artículo 2347 C. C. no sirve de fundamento a la responsabilidad indirecta del Estado porque las relaciones que lo atan a sus agentes no son análogas a las de los padres con los hijos, etc.

5.- La distinción entre la responsabilidad directa y la responsabilidad indirecta no tiene solamente un valor sistemático. De ella se desprenden consecuencias importantes, como pasamos a verlo en seguida.

a) En primer lugar, el ámbito de la responsabilidad directa es más amplio que el de la indirecta. La primera cubre la responsabilidad por violación del principio de legalidad, la contractual y la extracontractual. La segunda se circunscribe prácticamente a la responsabilidad extracontractual. En la contractual se presenta el caso de las obligaciones de garantía, cuyo modelo lo constituyen las nacidas de la fianza, pero es excepcional que el Estado pueda celebrar el contrato de fianza para garantizar obligaciones particulares.

b) En la mayoría de los casos de responsabilidad es necesario apreciar el elemento culpa de parte del agente del ilícito. Pero en la responsabilidad directa, ese elemento y las causales de exclusión de responsabilidad (caso fortuito y fuerza mayor) se miran en relación con la Administración entera y no solamente con respecto al agente, como sucede en la responsabilidad indirecta.

c) En la responsabilidad directa la víctima sólo tiene acción contra un responsable, mientras que en la responsabilidad indirecta puede elegir o acumular las acciones contra dos responsables: el agente (responsable directo) y la Administración (responsable indirecto). En la responsabilidad directa por el hecho ajeno la víctima no puede considerar que la lesión se originó en el acto del agente sino en la entidad representada por aquél. Esta conclusión es clara en la responsabilidad por violación del principio de legalidad y en la contractual. En efecto, la primera supone el examen de la validez del acto administrativo y ello sólo es posible a la Administración y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En la responsabilidad contractual, los actos del representante obligan al representado, dentro de los límites trazados por la ley o el contrato. En nuestro concepto, estas soluciones son aplicables por analogía a la responsabilidad extracontractual directa.

d) No cabe duda que la jurisdicción competente para conocer de las causas de responsabilidad directa de las entidades públicas es la contencioso administrativa (D. 528/64, artículos 30 y 32) salvo lo dispuesto por el D. 3130/68 acerca de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta. En cuanto a la responsabilidad indirecta, nos atrevemos a pensar que su conocimiento está atribuido a la jurisdicción ordinaria. Esta parece ser una de las cuestiones de mero derecho privado de que conocen los jueces civiles (D. 528/64, artículo 6). Aquí no hay una confrontación directa entre la persona pública y la víctima, es decir, no se trata de la responsabilidad de la administración "por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho", sino de una actuación personal del agente, violatoria de un deber suyo como particular que, en virtud del artículo 2349 C. C., compromete a la entidad administrativa correspondiente. Objetivamente, es una relación de derecho privado entre el agente y la víctima, en la que interviene por accidente la Administración Pública.

e) Las consecuencias de mayor alcance práctico se dan en materia de prescripción. La acción de responsabilidad indirecta prescribe en tres años contados desde la perpetración del acto (artículo 2358 C. C.). La acción de responsabilidad directa no tiene un término fijo de prescripción; ésta varía según los casos: en la responsabilidad por violación del principio de legalidad de los actos de la Administración, la acción prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación, o ejecución

del acto (artículo 83 C. C. A.). Si se trata de hechos u operaciones administrativos, las acciones pertinentes prescriben a los tres años siguientes a la realización del hecho o de la operación (D. 528/64, artículo 28). En cuanto a la responsabilidad contractual directa, como no hay normas administrativas expresas, se aplica, por analogía, el régimen del Código Civil, que contempla prescripciones de largo y de corto tiempo de acuerdo con las obligaciones de que se trate. El principio general es el de la prescripción veintenaria (Ley 50/36, artículo 1º).

f).- Tanto en la responsabilidad directa como en la indirecta la Administración puede repetir contra el autor del daño. Pero la causa de las acciones no es la misma. En la responsabilidad indirecta se trata de la acción autorizada por el artículo 2352 C. C.; en la responsabilidad directa la acción surge en cuanto pueda imputarsele al agente la violación del vínculo que lo ata a la Administración.

6).- Estudiaremos por separado la responsabilidad directa y la indirecta de la Administración. En los capítulos siguientes nos ocuparemos de la responsabilidad directa por violación del principio de legalidad, por incumplimiento de obligaciones contractuales y por infracción del "deber de diligencia y cuidado". Posteriormente hablaremos de la responsabilidad indirecta.

Hemos dividido los deberes de la Administración en tres grupos, a saber: a) Los comprendidos dentro del principio de legalidad; b) Las relaciones obligatorias, particularmente las nacidas de actos contractuales; y c) Los deberes indeterminados, cuyo conjunto principal lo componen los derivados del principio "neminem laedere"; se trata, en otras palabras, de la tradicionalmente llamada "responsabilidad extracontractual".

La violación del primer grupo de deberes se estudia a través de las reglas de los artículos 62 a 68 del C. C. A. El ilícito contractual se rige, en principio, por los preceptos del Código Civil, salvo algunas reglas especiales sobre contratos administrativos. La responsabilidad extracontractual está principalmente reglamentada en el artículo 2341 y ss. del Código Civil.

Solamente después de estudiar estos tres regímenes podremos apreciar las diferencias existentes entre ellos. Por ahora, bástenos anotar que están contenidos en textos legales diversos.

“VIOLACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD”

1).- El principio de legalidad es una de las notas características del moderno Estado de Derecho.- Suele ser definido como la sumisión de la organización y la actividad del Estado, particularmente de la Administración, al Derecho. Esta fórmula es imprecisa, pues toda organización política está sujeta al Derecho. Como dice Merkl, existe una conexión necesaria entre Derecho y Administración. En efecto, la Administración es esencialmente una función jurídica que sólo puede ser entendida “como aplicación del Derecho, y, en especial, como aplicación del derecho administrativo. Todo concepto jurídico de la Administración la determina como una actividad del Estado, sea cualquiera la forma en que cualifique esta actividad. Pero actividad del Estado no puede ser reconocida más que allí donde exista un precepto jurídico que exprese la voluntad del Estado para semejante actividad. Solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado, nos permite poner en relación, referir al Estado, determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto jurídico. En la medida en que un precepto jurídico nos permite significar un obrar humano como acción estatal se nos ofrece —con la acertada terminología de Kelsen— como regla de atribución jurídica... El derecho administrativo no es sólo la condición sine qua non, sino condicio per quam de la Administración”, cualquiera sea la forma que se adopte. (1).

Esa conexión necesaria entre el Derecho y la Administración, común a todas las administraciones posibles, puede denominarse como “principio de juricidad de la Administración”. (2) La sumisión al derecho no es la nota distintiva de las administraciones modernas. También el Estado absolutista, al que pretende contraponerse el Estado de Derecho, se hallaba sujeto a la regulación jurídica. El célebre aforismo *Regis Voluntas Suprema Lex* era la expresión de la norma de competencia en las monarquías absolutas. Sin duda, la voluntad real, cualquiera fuera su contenido, valía como voluntad del Estado, pero

(1) (Merkl, Adolfo, “Teoría General del Derecho Administrativo”. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, ps. 211-2).
(2) (Merkl, op. cit., p. 212).

solamente el Rey podía querer por el Estado (3). La diferencia entre los dos sistemas radica en que en los tipos más acusados del absolutismo la norma de competencia es ilimitada, pues el titular no está sometido a deberes jurídicos por su ejercicio, mientras que en los Estados de Derecho la competencia debe ejercerse dentro de ciertos límites y hay sanciones jurídicas para el caso de excederlos.

2).- En sentido estricto, el principio de legalidad en los Estados Modernos significa que “toda la Administración habrá de realizarse basándose en las leyes”, es decir, que la ley es “condición de cada una de las acciones administrativas y, por tanto, de la Administración en su conjunto” (4). La estructura y el funcionamiento de la Administración; la forma de sus actos; su contenido; sus finalidades, etc., deben tener base legal y constituir el desarrollo de la voluntad suprema del Estado, contenida en la Constitución y las leyes. La administración sólo puede realizar lo que le está expresamente permitido, utilizando los procedimientos y buscando las finalidades señalados por las normas superiores, expedidas por organismos distintos a ella. El exceder los límites trazados por la Constitución y la ley abre la posibilidad de la aplicación de sanciones de diversa índole.

Sin duda, este principio no se da en pareja intensidad en los Estados contemporáneos. La tendencia actual se orienta a desvincular, al menos en parte, a la Administración de la ley. La Administración es aplicación mediata de la Constitución a través de la ley en algunos casos; se pretende que, en términos generales, la actividad administrativa sea aplicación inmediata de la Constitución, esto es, que la rama ejecutiva tenga competencia amplia para expedir leyes en sentido material. Algo de esta tendencia hay en nuestro derecho, como lo veremos en seguida.

3).-La vinculación intensa de la Administración al Derecho es un principio capital de nuestro sistema jurídico. El artículo 2º C. N. señala que “la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”. Los términos constitucionales precisan la conexión de que hablamos: “No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, dice el artículo 63 C. N. y el artículo 20 C. N. dispone que

(3) (Merkl, op. cit., p. 214).
(4) (Merkl, op. cit., p. 221).

“los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes”, mientras que “los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”. Lo anterior significa que los particulares pueden hacer todo lo que no les está expresamente prohibido, en tanto que la Administración sólo puede realizar aquello que le esté manifiestamente permitido.

En tesis general en nuestro derecho se impone el principio de que la Administración consiste en aplicación de la ley formal. “Corresponde al Congreso hacer las leyes”, dice el artículo 76 C. N., y al Presidente, como suprema autoridad administrativa, le toca “promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento” para lo cual se le confiere el poder de “ejercer la facultad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes” (artículo 120, ords. 2º y 3º C. N.).

Por vía de excepción, el ordenamiento constitucional otorga ciertas facultades al Presidente, que pueden ser ejercidas sin mediación de la ley formal, y le permite hacer uso de atribuciones legislativas por delegación del Congreso o por circunstancias extraordinarias. Son los casos de los reglamentos constitucionales y de los decretos dictados con base en los artículos 76, ords. 11 y 12, y 14 y 121 de la Constitución. (5)

Pero en general, la organización del servicio público, la decisión sobre los ingresos y gastos gubernamentales, la intervención estatal en la economía, la autorización o la aprobación de los contratos de la Administración Nacional, son atribuciones del Congreso, según los artículos 32 y 76 C. N. Estos ejemplos muestran de modo fehaciente la intensidad del vínculo que sujeta a la Administración con respecto a la Ley.

La Administración Pública en su conjunto está sometida a la ley y a los actos con vigor legislativo que expida la misma Administración. Ahora bien, como la Administración está jerarquizada, las personas de los órdenes inferiores deben sujetarse a los mandatos de las de los órdenes superiores. Así, las disposiciones de la Administración Central deben ser acatadas por las restantes personas ad-

ministrativas. Los departamentos y las intendencias y comisarias pueden tomar decisiones vinculantes para los municipios comprendidos dentro de sus respectivas jurisdicciones. Los Establecimientos Públicos y las Empresas Estatales deben sujetarse a la entidad de que se desmembran. Los funcionarios inferiores deben sumisión a los respectivos superiores jerárquicos. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la autonomía de las personas administrativas, que no es absoluta sino relativa.

El Capítulo VII del C. C. A., referente a “la jurisdicción contra los actos de la Administración”, señala las hipótesis de violación del principio de la legalidad administrativa, las sanciones a que dan lugar dichas infracciones y las acciones procedentes para aplicarlas. La sanción principal es la de nulidad del acto administrativo. Pero si de la actividad ilegal de la Administración se derivan lesiones a derechos civiles o administrativos de los particulares, la Administración incurre en responsabilidad patrimonial y debe reparar el perjuicio ocasionado, lo cual se obtiene mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción (artículos 67 y 68 C. C. A.).

4).- El Consejo de Estado explica el contencioso de plena jurisdicción en los términos que siguen:

“El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento del derecho y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67 C. C. A., la acción se desenvuelve en torno a estos tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella, y el acto violador de aquélla y éste. La decisión irregular de la Administración infringe la norma legal y afecta de contragolpe la situación jurídica amparada por ella. Ya no hay un sencillo cotejo entre el precepto transgredido y el acto transgresor, porque entre esos dos extremos se interpone el derecho subjetivo lesionado, cuya reparación constituye el objetivo principal del recurso. Este tercer elemento torna la simple violación en violación compleja, y la simple nulidad con restablecimiento”. (6)

5).- El restablecimiento del derecho particular violado se supedita a la irregularidad de la actuación administrativa. Estudiaremos en seguida las formas que asume dicha ilegalidad, es decir, las hipótesis de violación del principio de legalidad. Están consignadas en los artículos 62 a 67 del C. C. A., según lo dejamos anotado.

(5) (Ver, Vidal Perdomo, Jaime, “Derecho Administrativo General”. Temis, Bogotá, 1966, p. 333).

(6) (Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 204).

Debemos advertir que el campo natural de aplicación de las causales de ilegalidad es el de los actos administrativos. Por regla general, las operaciones administrativas sólo vienen a ser ilegales en razón de los actos administrativos que las preceden; el acto acusable es en tales casos el administrativo y no la operación, que es una mera secuencia de la decisión ilegal. Sin embargo, hay casos de operaciones administrativas ilegales en sí mismas, a pesar de la regularidad de la decisión administrativa que pretenden ejecutar. Dichas operaciones toman el nombre de "vías de hecho" y pueden ser analizadas a través de las causales de ilegalidad de los actos administrativos. En cuanto a los hechos administrativos, éstos pueden ser materia de la responsabilidad extracontractual, pero no del control de legalidad, porque no se trata de decisiones voluntarias de la Administración.

Según el Consejo de Estado, las hipótesis de violación del principio de legalidad son las siguientes:

"Primera: Que el acto impugnado viole una norma superior, es decir, una de las normas de derecho positivo a que se refieren los artículos 62 a 65 del C. C. A. En estos casos se plantea simplemente un problema de derecho. La solución debe surgir de la comparación de lo sucedido en el acto acusado con la disposición que se dice violada.

"Segunda: Que el acto haya sido expedido en forma irregular. Aunque este motivo podría asimilarse al anterior, puesto que la irregularidad tiene que consistir, como es obvio, en el quebrantamiento de una regla o norma, el motivo aquí contemplado parece concretarse a la violación o incumplimiento de las reglas procedimentales a que el acto hubiera debido ceñirse. También se plantea aquí una cuestión del derecho positivo, aun cuando precise demostrar los hechos constitutivos de las fallas en el procedimiento que fundamentan la acusación de irregularidad en la expedición del acto.

"Tercera: Abuso de las atribuciones propias del órgano o agente de la Administración que dictó el acto. Aquí se contempla la falta de competencia legal del funcionario o el desbordamiento de ella, lo cual presupone la existencia de una norma atributiva de competencia. Así, el abuso de poder queda configurado por el quebrantamiento de las normas positivas sobre facultades o atribuciones del órgano o agente de la Administración.

"Cuarta: Desviación de las atribuciones propias del órgano o agente de la Administración que profirió el acto". (7).

(7) (Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 316).

6).- *Violación objetiva de la norma superior.*

A).- Este vicio está consignado en los artículos 62 a 65 del C.C.A.

El artículo 62 dice que "podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

Según el artículo 63, "las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales serán acusables por violación de la Constitución, la ley o el reglamento ejecutivo. Los decretos, resolución y otros actos de los gobernadores son acusables por los mismos motivos y, además, por violación de las ordenanzas. Por las mismas causas y también por violación de los decretos y reglamentos de los gobernadores serán acusables los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental".

El artículo 64 reza: "Los decretos, resoluciones y otros actos de los intendentes y comisarios son anulables en los mismos casos y por los mismos motivos que las ordenanzas departamentales".

De acuerdo con el artículo 65, "son acusables igualmente los acuerdos y otros actos de los Consejos municipales en el concepto de ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales o los reglamentos del gobernador. Los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal serán anulables por los mismos motivos, y además, por violación de los acuerdos de los Consejos".

En los artículos transcritos se advierte la jerarquía de las normas en nuestro derecho público y el deber de las autoridades inferiores de someter a las disposiciones superiores. Esta causal tiene un contenido muy amplio pues permite apreciar en un todo la legalidad de la actividad administrativa. Aquí caben todos los actos que, sin incurrir en los vicios señalados específicamente, de alguna manera son contrarios a derecho.

B) A pesar de su amplitud, la doctrina suele concretar el estudio

de este vicio al objeto o contenido del acto administrativo. Como lo dice el Consejo de Estado, la solución acerca de esta irregularidad "debe surgir de la comparación de lo decidido en el acto acusado con la disposición que se dice violada" (Vid. Supra N° 5).

Según Argañarás, "la violación legal puede ser de tres maneras:

1) Cuando la autoridad administrativa, al producir el acto, se aparta *deliberadamente* en todo o en parte, de la norma legal que rige el acto; 2) Cuando al producir el acto, incurre en una equivocada interpretación de esa norma; o sea, el error de *derecho*; 3) Cuando por *error de hecho* acerca de la existencia, o de la apreciación de las circunstancias que, según la norma legal, debían determinar la producción del acto, ha incurrido por ello en una falsa aplicación de esa norma". (Las subrayas son textuales). (8)

Nuestra Jurisprudencia estudia la última de las formas de ilegalidad indicadas como una hipótesis especial de la desviación de poder por considerar que alude más bien a la motivación del acto que a su contenido.

C) En este vicio se incurre, además, por violación de la cosa juzgada o de derechos adquiridos.

Sobre lo primero trata el artículo 99 C. C. A., según el cual "ningún acto administrativo anulado o suspendido por los Tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la Corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

Acerca de lo segundo, dice el Consejo de Estado que "el principio fundamental de que el acto administrativo que reconoce y declara un derecho particular goza de la presunción de legalidad y es imperativo y obligatorio mientras no sea invalidado por los organismos jurisdiccionales competentes, domina todo el ámbito del derecho público. Esta doctrina aceptada universalmente, fluye de los artículos 62 y ss. del C. C. A., que establecen las acciones que es preciso poner en movimiento para destruir la fuerza jurídica que acompaña a esta clase de ordenamientos. La capacidad intrínseca que tienen esas de-

(8) (Argañarás, Manuel. "Tratado de lo Contencioso Administrativo". Ed. TEA, Bs. Aires, 1955, p. 429).

cisiones para regular el derecho reconocido en ellas, se impone a los terceros, al Juez y al mismo órgano. El órgano jurisdiccional también está obligado a darles la plenitud de su valor jurídico, a menos que esté conociendo precisamente de la acusación directa dirigida contra el acto". (9)

El artículo 24 del D. 2733/59 señala que "cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

La violación de los deberes que hacen parte de relaciones obligatorias nacidas en las declaraciones unilaterales de voluntad de la Administración cabe dentro del contencioso de ilegalidad. Pero si el deber violado es constitutivo de una obligación contractual, el contencioso a que debe ser sometida la infracción es el de los contratos.

D) La aplicación del principio de la jerarquía de las normas plantea algunas cuestiones de difícil solución. Nos referimos especialmente al caso de una norma que esté en completa conformidad con la norma superior inmediata, pero ésta, a su vez, es violatoria de las restantes normas superiores. Por ejemplo, un decreto que está de acuerdo con la ley, pero ésta es inconstitucional; o un acto del gobernador dictado en desarrollo de una ordenanza inconstitucional.

Según el artículo 215 C. N., "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

El artículo 240 del C. de R. P. y M., dice que "el orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior.

"El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del gobernador y las órdenes de los superiores.

"En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del alcalde y las órdenes superiores.

"Cuando la ley autorice al Gobierno o a algún empleado del

(9) (Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 249).

orden político para reglamentar un asunto departamental o municipal; cuando la ordenanza autorice al Gobernador o a algún empleado político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la ley u ordenanza en virtud de la cual se expidieron.

“Si el conflicto es entre leyes y ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la del de mayor categoría”.

De los textos transcritos se desprende el principio de que el acto es anulable siempre que viole cualquier norma superior, aunque no sea la que lo preceda inmediatamente en el orden jerárquico. Así, el decreto dictado en desarrollo de una ley inconstitucional incurre en el vicio de inconstitucionalidad y es directamente acusable, aunque la ley no sea materia de la contención. Igual parece acontecer en el caso del decreto del Gobernador expedido en aplicación de una ordenanza inconstitucional o ilegal.

Con todo, este principio que encaja tan bien dentro de la lógica del sistema, parece estar sometido a varias restricciones. Así, el Consejo de Estado ha llegado a sostener que el decreto reglamentario de una ley inconstitucional sólo puede ser acusado por vicio de ilegalidad, más no por el de inconstitucionalidad, porque “en este evento tendría necesariamente qué decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la materia misma de la ley, lo cual está privativamente atribuido a la Corte Suprema” (10). La declaratoria de inconstitucionalidad hecha por el Consejo podría estar en contradicción con una decisión de la Corte que proclamara la exequibilidad de la ley reglamentada. Según esta doctrina, el Consejo no podría decidir sobre la inaplicabilidad de la ley sin exceder los lindes de su competencia.

En el caso de las ordenanzas inconstitucionales o ilegales se sigue una doctrina similar, con un fundamento constitucional muy plausible, pues el artículo 192 C. N. dice que “las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Consejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”. (11)

(10) (Anales, T. LXI, Nos. 382-6, 1955, p. 803).

(11) (Vid., Anales, T. LXV, Nos. 399-400, 1962, p. 210).

El problema no es sencillo pues se está en presencia de disposiciones positivas incongruentes o de efectos contradictorios. En materia de responsabilidad salta a la vista la importancia que hay entre decidirse por el principio general o por sus restricciones. Nosotros pensamos que el asunto puede encararse, en lo que toca con la reparación de las lesiones particulares, tomando en cuenta el rango superior que ostentan los preceptos sobre protección de los derechos y garantías individuales en la Constitución. El artículo 16 C. N. constituye, como lo anotamos anteriormente, una valiosísima norma de interpretación. La consideración de las finalidades del Estado Colombiano debe brindar un criterio decisivo para resolver las cuestiones discutibles del ordenamiento. Por consiguiente, en la materia que venimos analizando hay que decidirse por la solución más acorde con la garantía de los derechos particulares. Es decir, por el principio general.

E) La ilegalidad puede afectar también a la operación administrativa. Como lo dijimos atrás, la operación frecuentemente está ligada a una decisión previa y escrita de la Administración. En tales casos, su legalidad depende del acto que la precede. Pero si se trata simplemente de una decisión verbal o de la decisión ejecutoria de un acto administrativo escrito, no es necesario impetrar la nulidad del acto que pretende ejecutarse. Este puede ser válido, pero la decisión ejecutoria, por sí misma, puede ser irregular. En cuanto a la decisión verbal, ésta se manifiesta solamente en la operación administrativa. En tales hipótesis (decisión verbal irregular o decisión ejecutoria irregular de un acto válido), se impugna simplemente la operación administrativa, con base en el artículo 68 del C. C. A. (12)

La decisión verbal puede pecar por el vicio de forma si no está autorizado ese procedimiento expedito. El caso que nos interesa aquí es el de la operación no permitida por el ordenamiento. En tal hipótesis, la decisión, verbal o escrita, que da lugar a la operación, es ilegal. Su contenido es el de ordenar una actuación material prohibida. Según el Consejo de Estado, si el acto precedente es escrito, hay que solicitar su anulación dentro del término estrecho señalado para el efecto. Pero si se trata de una decisión verbal, se acusa directamente la operación, lo cual puede hacerse dentro de los tres años siguientes a su realización. (13)

(12) (Vid., Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 150 y ss.).

(13) (Anales, op. cit., p. 150 y ss.).

No creemos que esta distinción pueda sostenerse. En ambos casos, decisión ejecutoria escrita y decisión verbal, la ilicitud radica en hacer uso de un procedimiento material no permitido. No vemos por qué la forma escrita o verbal del acto que pretende ejecutarse de lugar a dos soluciones tan diferentes, cuando la ilegalidad es idéntica. Pensamos que en uno y otro casos puede acusarse directamente la operación administrativa, sin necesidad de hacer declaraciones previas de nulidad.

La operación administrativa ilegal es conocida en doctrina como "vía de hecho". Esta expresión fue recogida por el D. 528/64 en los artículos 30 y 32. Anteriormente no se conocía en nuestros textos, pero el Consejo de Estado, como lo señalamos atrás, la confundía con el hecho administrativo. (14)

Waline ofrece algunos ejemplos para ilustrar la vía de hecho que se produce cuando "la ley ha excluído formalmente la posibilidad de decisiones ejecutorias en ciertas materias: la expropiación de una propiedad privada inmueble o asimilada a inmueble, que supone una decisión judicial; la demolición o reparación de oficio de edificaciones que amenacen ruina, que supone, por la simple oposición del propietario interesado, la intervención del tribunal administrativo (entre nosotros, de la jurisdicción ordinaria); la extradición, que supone un aviso previo de conformidad de la autoridad judicial, así como todo atentado contra la libertad (fuera de los casos de flagrante delito) o contra la integridad de la persona". (15)

Para que se configure la vía de hecho en nuestro sistema jurídico, se requiere que la ilegalidad radique en la decisión ejecutoria o en la operación misma, no en la decisión que trata de ejecutarse, porque en este último caso habría que impugnar el acto administrativo y obtener la declaración de nulidad del mismo. De lo contrario, la operación sería válida. Con esta reserva hay que tomar los ejemplos extraídos de la doctrina extranjera, particularmente de la francesa.

7).- El vicio de forma.

A) Está contemplado en el artículo 66 C. A., cuando dice que

(14) (Sobre vía de hecho, ver: Sayagués Laso, op. cit., ps. 492-9; Waline, Marcel. "Droit Administratif". Sirey. París. 1963, ps. 437 y ss. y 798; Sarria Eustorgio. "Derecho Procesal Administrativo", Temis, Bogotá, 1963, p. 124; Ortega Torres, Jorge, "Código Contencioso Administrativo" Temis, Bogotá, 1965, p. 182).

(15) (Waline, op. cit., p. 438).

la acción de nulidad procede contra los actos administrativos que "han sido expedidos en forma irregular".

La doctrina es unánime al afirmar que el Derecho Administrativo es esencialmente formalista. La necesidad de producir los actos jurídicos con arreglo a ciertas solemnidades es el principio general en materia administrativa, al contrario de lo que sucede en el derecho privado, en el que la consensualidad es la regla dominante.

El formalismo administrativo se explica principalmente por tres razones:

a) Como medio para expresar la voluntad administrativa, es decir, para reconocerla de la voluntad personal del agente que produce el acto; b) Como garantía de los administrados. Generalmente las decisiones administrativas que pueden afectar a intereses particulares sólo pueden tomarse después de un proceso de investigación, de consulta, de discusión sobre sus conveniencias, etc., en el que suele oírse el criterio de los interesados; c) Como garantía de la buena administración. En este sentido resultan ser la expresión de normas técnicas de la ciencia administrativa.

B) La actividad administrativa debe ceñirse a las formalidades y procedimientos ordenados por la ley. La violación de este principio genera la nulidad de la actuación irregular y, eventualmente, la obligación de reparar los perjuicios particulares que se sigan de ella. Puede dar lugar también, a la aplicación de sanciones contra el funcionario.

La doctrina, sin embargo, opone ciertas restricciones al principio. Considera que no toda irregularidad en el procedimiento debe ser sancionada con la nulidad. Esta es una sanción muy grave, que, de ser aplicada en todo su rigor, haría más lenta a una Administración que de por sí ya es poco ágil. La nulidad y la reparación que de ahí pueda seguirse deben reservarse para casos en que se violen formalidades sustanciales. Waline enseña que "la irregularidad es sustancial, naturalmente, si la ley ha dicho expresamente que tal forma estaba prescrita so pena de nulidad. Pero si la ley no ha dicho nada (que es el caso más frecuente), la regla empírica que ha forjado la jurisprudencia es la siguiente: la forma cuyo cumplimiento ha sido irregular u omitido, habría podido cambiar la decisión final?". En caso afirmativo, se dice que se trata de una forma sustancial. (16)

(16) (Waline, op. cit., p. 459).

En general, se considera que las formalidades sustanciales son las necesarias para que se produzca la declaración de voluntad administrativa y las impuestas para dar garantías a los administrados. La ausencia total de las primeras, o su violación burda, pueden dar lugar incluso a que se tenga al acto como inexistente. Pero generalmente se da una apariencia de manifestación administrativa que goza de la presunción de legalidad y, por consiguiente, debe ser anulada para que cesen sus efectos. La aplicación de esa presunción de legalidad, que se traduce sobre todo en la ejecutoriedad del acto, puede ocasionar lesiones a los administrados, de las que debe responder la Administración como contrapartida al privilegio de que goza. La violación de las garantías procedimentales acordadas a los particulares suele redundar en perjuicios efectivos a sus intereses, cuya reparación es obligatoria para las entidades administrativas.

Cierta doctrina considera que la violación de las formas impuestas en interés de la buena administración no entraña la invalidación del acto, precisamente porque la Administración puede creer en la conveniencia de prescindir de ellas (17). Nosotros no nos atrevemos a hacer una afirmación de esa índole. En primer lugar, no es fácil distinguir el sentido de las diversas modalidades; en segundo, es muy dudoso que la Administración goce del poder discrecional suficiente para prescindir de una formalidad que ha sido considerada conveniente por la ley; en fin, siempre hay que tener presente la necesidad de supeditar la agilidad administrativa a la garantía de los derechos de los particulares.

C). Nuestro derecho carece de una reglamentación general del procedimiento administrativo. El artículo 335 del C. de R. P. y M., le dio facultad al poder ejecutivo para disponer, en los casos no previstos por la ley, lo que juzgara conveniente y equitativo en cuanto al procedimiento de los empleados nacionales y para modificar o reformar los reglamentos sobre el particular, cuando lo creyera justo y razonable. Asimismo, el artículo 336 ib., les confirió a las Asambleas autorización "para fijar reglas y procedimientos en los asuntos departamentales y municipales". Sin embargo, no sabemos que hasta el momento se haya hecho uso pleno de esas atribuciones.

Hay un principio general, que se advierte en numerosas disposiciones, según el cual los actos administrativos deben constar por es-

(17) (Díez, Manuel Maía, "Derecho Administrativo". Omeba, Bs. Aires, 1965, T. II, p. 361).

crito. Con todo, la jurisprudencia del Consejo de Estado admite la posibilidad de actos administrativos verbales. "Para que exista el acto administrativo, dice el Consejo, se requieren solamente estos requisitos (sic): que haya una decisión de la Administración, y que ella produzca efectos de derecho. No es indispensable que el acto aparezca escrito. Esa formalidad se exige para los ordenamientos de carácter general y abstracto, y para los de contenido particular y subjetivo que deban notificarse" (18)

"El artículo 120 de la Constitución, continúa diciendo el Consejo, incluye algunas atribuciones que por su misma naturaleza y por las circunstancias especiales en que se ejercitan, en muchas ocasiones imponen la necesidad de acudir a sistemas más expeditos y rápidos. Disponer de la fuerza pública en situaciones de emergencia, conservar y restablecer el orden alterado, dirigir las operaciones de guerra, proveer a la seguridad exterior de la República, etc., son actividades que en la mayor parte de los casos sólo se pueden desarrollar por medio de procedimientos verbales. Las decisiones que en momentos de urgencia se toman, son actos administrativos, no sólo porque así se infiere del artículo 120 —num. 6º, 7º, 8º, y 9º— sino porque los profiere la Administración con la finalidad de producir efectos de derecho". La forma verbal es común, por ejemplo, en la actividad de policía. (19)

Además de la forma escrita, las leyes y los reglamentos señalan procedimientos y formalidades para ciertos casos particulares, como la consulta a otro organismo administrativo, o verificar una investigación documentada, o solicitar una autorización, o motivar el acto, etc. Pero, repetimos, no hay principios generales sobre esta materia.

D) La violación de las formalidades prescritas para las operaciones administrativas las convierten en vías de hecho, a pesar de la legalidad de los actos que pretendan ejecutar o de las facultades de que se quiera hacer uso. En tales eventos se puede pedir directamente la reparación del daño producido, sin necesidad de estudiar la regularidad del acto precedente (artículo 68 C. C. A.).

La operación dependiente de un acto verbal en el que se violaron las formalidades exigidas por la ley (v.gr., el escrito), también configura una vía de hecho demandable directamente, pues la existencia

(18) (Anales, T. LXIII, Nos. 392-6, 1961, p. 150).

(19) (Anales, loc. cit.; vid., además, Díez, Manuel M., op. cit., p. 299 y ss.).

real de la decisión administrativa no se conoce sino a través de los actos materiales de ejecución. (20)

Podría pensarse que la ausencia total de formalidades en la decisión que trata de ser ejecutada haría de ella un acto inexistente sin poder vinculante para la Administración. De consiguiente, tampoco la operación tendría el carácter de "administrativa". Con todo, creemos que la noción de inexistencia es muy vaga y de un radio de acción bastante restringido. Además, hay que distinguir la decisión que se pretende ejecutar de la decisión ejecutoria misma. Aquélla puede ser groseramente irregular, prácticamente inexistente. Pero el motor de la operación administrativa no es propiamente dicha decisión sino la decisión ejecutoria, es decir, la orden de ejecución, que puede ostentar apariencias de validez para los subordinados o ejecutores materiales, independientemente de la existencia del acto que se quiere ejecutar. A nuestro modo de ver, todo movimiento del aparato administrativo constituye operación administrativa, aunque se haga en falso.

8) Abuso o exceso de Poder.

A) El artículo 66 dice que la acción de nulidad es procedente contra los actos administrativos expedidos "con abuso... de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere".

La jurisprudencia entiende que este vicio se da en los casos de falta de competencia del funcionario o de desbordamiento de dicha competencia (vid. supra N° 5). Se trata, pues, del vicio de incompetencia.

B) La competencia puede mirarse desde dos puntos de vista. Uno, la competencia de la Administración en su conjunto. El otro, la de cada uno de los agentes públicos en particular.

La actividad administrativa solamente puede versar sobre los asuntos que la Constitución y las leyes le han atribuido expresamente a la Administración. Esta debe circunscribirse a su órbita de funciones y respetar las atribuciones de las otras ramas del poder. Si invade el ámbito de funciones de otra rama, incurre en *usurpación de funciones*, que es la forma más burda y radical de incompetencia. Este concepto hay que distinguirlo de la llamada *usurpación de autoridad*, fenómeno que acaece cuando una persona, sin ningún tipo

(20) (Anales, op. cit., 154 y ss.).

de investidura, pretende realizar actos que solamente competen al Estado. (21)

La competencia de la Administración, esto es, el conjunto de sus cometidos, se distribuye entre los agentes públicos con arreglo a diversos criterios. En este sentido, Waline dice que la competencia es "el conjunto de atribuciones de un agente público". (22). Desde un punto de vista subjetivo, la competencia es la aptitud para querer a nombre de la Administración. Esa aptitud se concreta en el conjunto de las atribuciones conferidas al agente público.

C) Los criterios que sirven para repartir los cometidos de la Administración entre los agentes públicos son fundamentalmente los siguientes: la materia, el espacio y el tiempo.

El primero es el más importante. Se refiere al objeto mismo de las atribuciones del agente y a los poderes legales que se le brindan para ejercerlas. Por consiguiente, hay incompetencia *ratione materiae* cuando la decisión versa sobre un asunto que no cabe dentro de los cometidos asignados al agente, o cuando éste hace uso de un poder legal que no le ha sido conferido, aunque lo aplique a un objeto de los de su competencia.

Las atribuciones de los funcionarios deben ejercerse dentro de los límites territoriales señalados por la ley. Los funcionarios de la Administración Central generalmente tienen poder para tomar decisiones válidas dentro de todo el territorio nacional. La competencia de las Administraciones locales, en cambio, solamente puede ejercerse dentro de los límites de las circunscripciones respectivas. La autoridad que pretenda tomar y ejecutar una decisión más allá del territorio que le corresponde incurre en incompetencia *ratione loci*.

Por último, la competencia se fija en razón del tiempo. La ley, a veces, dice que determinadas atribuciones sólo pueden ejercerse dentro de cierto lapso o después de transcurrido cierto tiempo. Fija, por consiguiente, la oportunidad para tomar la decisión. Si ésta se toma antes o después de la oportunidad legal, el acto queda viciado de incompetencia *ratione temporis*.

Algunos autores estiman que esta última modalidad de la incompetencia tiene lugar, además, cuando el agente actúa antes de adquirir

(21) (Vid., Brewer-Carías, Allan. "Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana". Ed Universidad Central. Caracas, 1964. p. 59 y ss.).

(22) (Waline, op. cit., p. 452).

su investidura o después de perderla. Desde luego, la competencia del agente en el tiempo comprende el lapso transcurrido entre la adquisición y la pérdida de su investidura. Pero las actuaciones realizadas por fuera de ese lapso no están viciadas de incompetencia *ratione temporis*. Pueden pecar de incompetencia *ratione materiae* si el agente está en servicio en otro cargo o de mera usurpación de autoridad si aún no está incorporado a la Administración o se desvinculó de ella.

Por regla general la incompetencia *ratione materiae* constituye "extralimitación de atribuciones", consistente en "la invasión o interferencia de un funcionario administrativo en atribuciones que no le corresponden y que están atribuidas específicamente a otra autoridad administrativa". (23). La usurpación de funciones cae más bien dentro del vicio de violación objetiva de la norma superior.

D) El vicio de incompetencia también se da en operaciones administrativas, convirtiéndolas, por consiguiente, en "vías de hecho". La decisión ejecutoria y la ejecución misma están reservadas a ciertas autoridades, de suerte que toda decisión de esa índole tomada a nombre de una persona administrativa por un agente que carezca de competencia para ello, está viciada de abuso o exceso de poder y la operación realizada es directamente demandable.

9) *Desviación de Poder*

A) El artículo 66 C. C. A., consagra la nulidad de los actos expedidos con "desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere".

B) La Administración está sometida al deber jurídico de procurar la realización de los fines del Estado en cuanto requieran ejecución práctica, según lo indicamos en el capítulo primero. Los fines señalados por el ordenamiento jurídico a la actividad administrativa se mueven en diversos niveles. De una parte, encontramos los fines que deben animar a la Administración en conjunto. Por la otra, nos encontramos con finalidades específicas para cada autoridad administrativa e, incluso, para cada uno de los poderes de que goza.

El poder de que disponen las autoridades administrativas no les ha sido conferido para beneficio propio de sus titulares; ni siquiera gozan de él para obtener lo que en el concepto particular de cada una de ellas sea el bien común. El Estado moderno pretende la má-

(23) (Brewer-Carías, op. cit., p. 64).

xima "racionalización del poder" y el primer paso para lograrla consiste en señalarle finalidades al poder y, sobre todo, en determinar los sujetos que puedan fijar dichas finalidades. No basta con decir que el Estado, debe procurar el bien público; es necesario, además, determinar quienes tienen el poder para decir en qué consiste el bien común. Esa definición les compete en los Estados Liberales, a los legisladores. Dentro de esa concepción que aún perdura, a la Administración le corresponde buscar la realización práctica del interés colectivo según la definición que de él haya dado la Legislación. Como dice con acierto Brewer-Carías, "la ley atribuye a la autoridad administrativa el ejercicio de cierta y determinada facultad, pero se la atribuye para obtener determinado fin o para alcanzar determinado objetivo; si la autoridad administrativa se sirve de tal poder que, efectivamente, le han sido conferido, para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, desvía la finalidad de ésta, y por ello se dice que los actos que así dicte están viciados de "desviación de poder". (24)

La desviación de poder es de dos clases. Hay *desviación de poder general* cuando la autoridad administrativa se aparta de la finalidad general que debe perseguir en todas sus aspiraciones: la finalidad de servicio público. Hay *desviación de poder particular* cuando deja de perseguir "el fin determinado, concreto y específico para cuya consecución le ha sido conferido por la ley y el poder y la posibilidad de desarrollar esa acción". (25)

C) La jurisprudencia entiende que el vicio de "desviación de poder" alude no solamente al *fin* de la actuación administrativa, es decir, a "la representación subjetiva del resultado jurídico empírico o concreto que se conseguirá con el acto", como dice Rotondi (26), sino a los motivos que la provocan, esto es, a las circunstancias de hecho que pretendan justificarla.

Esta extensión del concepto es indudablemente acertada. El agente público puede utilizar su poder para procurar los fines indicados en el ordenamiento, sin tener en cuenta fines de interés personal, de terceros, o de la misma administración, pero no perseguibles por ese medio; con todo, las circunstancias de hecho pueden no justificar su

(24) (Brewer-Carías, op. cit., p. 70).

(25) (Brewer-Carías, op. cit., p. 70 y ss.).

(26) (Rotondi, Mario, "Instituciones de Derecho Privado", Ed. Labor, Barcelona, 1953, p. 131).

actuación y, por consiguiente no se está buscando objetivamente la finalidad que debe animarla.

D) Acerca de la desviación de poder, dice el Consejo de Estado, lo siguiente:

“Lo que viola el acto proferido con desviación de poder es, en último análisis, el principio básico del Estado de Derecho según el cual el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad, de manera que en el campo administrativo, cualquier decisión ha de ser tomada únicamente en orden al normal y correcto funcionamiento del servicio público, es decir, debe ser motivada por razones de buen servicio. Quien impugna un acto administrativo por desviación de poder, afirma que el agente que lo expidió no obró en función de buen servicio sino por motivos ajenos a esta finalidad, de donde se desprende que en todo juicio de nulidad de un acto administrativo acusado por desviación de poder, deben juzgarse los motivos determinantes del acto enjuiciado.

“La denominación falsa motivación no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la desviación de poder. Hay que distinguir entre motivación falsa y motivación primordialmente inexacta. El primer concepto sugiere la idea de falsificación voluntaria y dolosa de la verdad, lo que puede implicar la afirmación de que el funcionario ha cometido un delito: la cuestión debe llevarse, entonces, a la justicia penal para los fines consiguientes. La idea de inexactitud material de los motivos puede constituir una desviación de poder del respectivo funcionario, pues que si el acto se dicta por motivos inexistentes, en realidad carece de motivos, lo cual quiere decir que quien lo profirió no obró en función de buen servicio sino caprichosamente, lo cual es inaceptable. Sin embargo, dentro de esta hipótesis cabe a la Administración demostrar que el motivo inexacto fue expresado por explicable error, y que existía para justificar el acto un motivo suficiente que no se demostró en oportunidad debida, caso en el cual no cabría la desviación de poder. Es decir, que aunque errada materialmente la motivación, el mero yerro en que se incurrió sin intención de desconocer y sin desconocer de hecho ninguna norma posible, ni principio alguno de moralidad o de juridicidad, no revela desviación de poder si, por otro lado, aparece un motivo suficiente para legitimar el acto”. (27)

(27) (Vid., Ortega Torres, Jorge, “Código Contencioso Administrativo”, Temis, Bogotá, 1965, p. 136).

E) La posibilidad de apreciar los motivos y finalidades del acto no incluye la de examinar su conveniencia u oportunidad en los casos en que la Administración goza del poder discrecional.

Como es sabido, en la competencia discrecional la Administración está dotada del poder de elegir entre varias formas de actuación, o de abstenerse de hacerlo, al contrario de lo que acontece en la competencia reglada, en la cual, ante determinado supuesto de hecho, está obligada a actuar en determinado sentido.

Pues bien, en los actos discrecionales, sólo se puede estudiar la existencia del motivo alegado por la Administración para actuar y la legalidad del poder utilizado, pero no si se justificaba ese u otro modo de actuación, es decir, si objetivamente era conducente para obtener el fin público deseado. Esto no excluye, desde luego, la posibilidad de investigar las finalidades buscadas por el agente, porque si eran contrarias al fin público general o al particular del poder conferido, el acto resulta viciado por desviación de poder.

F) Este vicio no es extraño a la operación administrativa. La aplicación excesiva de una decisión de la Administración, la decisión ejecutoria injustificada, por falta de renuencia de los particulares a admitir el mandamiento administrativo, son ejemplos de operaciones administrativas viciadas en sí mismas por desviación de poder.

Demos por caso el de una obra pública ejecutada con lentitud imputable al ánimo de perjudicar a los comerciantes o industriales vecinos, para favorecer a los competidores o, incluso, para obtener ciertas ventajas para la Administración (v.gr., rebajar el valor de los predios vecinos con miras a una expropiación). A pesar de la regularidad del procedimiento, la operación resulta viciada y es acusable directamente, conforme al régimen del artículo 68 C. C. A.

“EL ILÍCITO CONTRACTUAL”

1) La Administración frecuentemente debe acudir al procedimiento de la contratación con los particulares para obtener los bienes y servicios necesarios para la realización de sus cometidos. Hay normas constitucionales y legales que autorizan dentro de ciertas condiciones a las personas administrativas para celebrar contratos entre sí o con las personas privadas, a fin de atender directa o indirectamente a la prestación de los servicios públicos.

En virtud del contrato, la Administración resulta obligada a realizar prestaciones de diversa índole a favor de sus cocontratantes. La infracción de los deberes jurídicos emanados del contrato generan, desde luego, responsabilidad para la Administración. En este capítulo vamos a referirnos a las reglas generales a que está sometido el ilícito contractual, dejando de lado las hipótesis especiales de violación, las cuales deben ser objeto de un estudio especial sobre los contratos administrativos que no estamos en capacidad de abordar aquí.

2) El régimen de la contratación administrativa no está contenido en un conjunto orgánico de disposiciones especiales. Ciertamente, hay numerosos textos relativos a los contratos de la Administración, en los que se reglamentan algunas tipos, las formalidades y los requisitos necesarios para la celebración de contratos, ciertas cláusulas que deben formar parte de su contenido, etc. Sin embargo, ese régimen no es completo, no contempla todos los aspectos de la contratación, por lo que es necesario integrarlo mediante la aplicación analógica de las normas civiles. (1)

Los vacíos de la reglamentación administrativa son ostensibles en materia de responsabilidad contractual. Puede decirse que, por regla general, la responsabilidad contractual de la Administración es idéntica a la de los particulares.

3) Algunos autores nacionales, como Pareja y Sarria, pretenden que parte considerable o la totalidad de los contratos de la Adminis-

tración están sometidos a reglas especiales y autónomas de derecho público, en razón de la finalidad de servicio público que los anima. (2)

Según se dice, la finalidad de servicio público le concede a la Administración prerrogativas irrenunciables y exorbitantes sobre su cocontratante. Este queda colocado frente a la Administración en una situación de desigualdad jurídica inconcebible en el derecho privado, que faculta a la Administración para modificar unilateralmente el contrato y para darlo por terminado, siempre y cuando así lo demanden las necesidades del servicio público y dejando a salvo el derecho del cocontratante a obtener una compensación justa por la ruptura del equilibrio contractual. La interpretación del contrato, sus efectos, su ejecución, la responsabilidad de las partes, etc., deben ser estudiadas siempre a la luz del principio de la finalidad de servicio público, sin tener en cuenta las concepciones civilistas que parten de la consideración de los intereses individuales en juego.

Esta doctrina parte de la base de un supuesto principio general de derecho, conforme al cual la Administración, como suprema gestora del interés público, goza de prerrogativas irrenunciables, de las que no puede desprenderse sin faltar a sus deberes. Este principio no puede ser derogado por la ley del contrato.

Nosotros no aceptamos esta concepción. Ya expusimos en otro lugar nuestras reservas acerca de la distinción entre el derecho público y el derecho privado. Consideremos, sin embargo, otros aspectos de la cuestión. En primer lugar, si bien es cierto que la Administración debe inspirar todas sus actividades en la consideración del interés público, la importancia de este principio fundamental del derecho administrativo no puede exagerarse hasta el punto de elaborar con base en dicho principio construcciones ajenas al derecho positivo. Hay que partir, ante todo, de los datos que brindan los textos vigentes, pues el método postulado por nuestro derecho para construir las teorías jurídicas es eminentemente inductivo. El artículo 8º de la Ley 153/87 así lo muestra. A los principios generales de derecho sólo se puede acudir cuando el derecho positivo no contenga normas que regulen materias semejantes a las no reglamentadas. Es más, creemos que dichos principios únicamente pueden obtenerse mediante el estudio de la orientación general de las normas positivas y de los siste-

(1) (Cfr. Vidal Perdomo, Jaime. “Derecho Administrativo General”. Temis. Bogotá, 1966, ps. 13 y 457).

(2) (Pareja, Carlos H. “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. El Escolar, Bogotá, T. I., p. 382, Sarria, Eustorgio, “Derecho Administrativo”, Temis. Bogotá, 1962, p. 225 y ss.).

mas de valores en que se inspiran, es decir, por vía de inducción. El método deductivo sólo procede después del esclarecimiento de los principios generales, teniendo siempre el cuidado de confrontar las conclusiones con la realidad jurídica positiva. Una concepción diversa conduciría a hacer de los intérpretes y falladores verdaderos legisladores, posición que, de acuerdo con el principio de la separación de poderes, corresponde al Congreso.

De otra parte, hay que considerar que la actividad administrativa no sólo se rige por el principio de la finalidad de servicio público sino por el de legalidad. La Administración no es soberana para apreciar el bien público y elegir los medios que considere apropiados para lograrlo. Nuestras instituciones no la tienen en el concepto del "buen dictador", preconizado por ciertas doctrinas políticas. Por el contrario, la miran con escepticismo y le señalan límites por doquier. La Administración debe procurar el bien común, pero sólo dentro del concepto de bien común definido por las normas superiores y mediante los procedimientos indicados por ellas. Sus poderes no son ilimitados.

Ahora bien, no hay un solo texto de carácter general que autorice a la Administración para modificar o terminar unilateralmente los contratos que haya celebrado cuando así lo aconsejen las necesidades del servicio público. Las cláusulas de imprevisión y de caducidad de que tratan los artículos 11 de la ley 4/64 y 254 del C. C. A. hay que estipularlas expresamente y de ellas sólo se puede hacer uso por los motivos indicados en las mismas.

El régimen "exorbitante", de derecho público, que aparece en dichas cláusulas, así como en las indicadas en el artículo 4 de la ley 53/09 (cláusula penal pecuniaria) y en el artículo 10 del D 911/32 (sobre inclusión de las obligaciones dinerarias de la Nación en el presupuesto), no opera de "pleno derecho". Quiere decir que la Administración no goza de los privilegios que le confieren si no las incluye dentro de los contratos que celebre. Por disposición legal, si no las estipula en los contratos en que está obligada a hacerlo, dichos actos quedan viciados de nulidad por vicio de forma. No es otro el significado de expresiones en el sentido de que los contratos deberán contener", o en ellos "se deberá estipular" y otras semejantes, utilizadas por la ley para indicar la necesidad de incorporarlas en los contratos respectivos. Incluso, el D. 911/32 sanciona expresamente la ausencia de la cláusula referente a la inclusión de las obligaciones dinerarias de la Nación en el presupuesto, con la nulidad del contrato.

Sin duda, la existencia de estas cláusulas que le dan prerrogativas excepcionales a la Administración, le permite a ésta convenir con sus cocontratantes otras en que los sujeta a un régimen de "desigualdad jurídica" frente a ella y que no serían admisibles en contratos celebrados entre particulares. El artículo 254 C. C. A., por ejemplo, autoriza a estipular las cláusulas de caducidad que la Administración estime convenientes, fuera de las que obligatoriamente debe incluir en los contratos. Es más, la intervención legislativa en la autorización y en la aprobación de los contratos de la Administración Nacional abre la posibilidad de sustraerlos enteramente a los principios generales. Con todo, las cláusulas exorbitantes habrá que pactarlas de modo expreso. Nacerían del contrato y no de un supuesto principio general de derecho.

Por último, salvo lo dispuesto en el artículo 10 del D. 911/32, las restantes "cláusulas exorbitantes" no configuran excepciones a los principios generales sobre responsabilidad contractual civil. Amplían, eso sí, el campo de dicha responsabilidad por el uso irregular que pueda hacer de ellas la Administración. Por ejemplo si declara la caducidad del contrato por fuera de las condiciones estipuladas; o si aplica la "cláusula penal pecuniaria" sin mediar incumplimiento de lo pactado de parte del cocontratante.

El artículo 10 in fine del D. 911/31 dice que "en todo contrato se estipulará precisamente que la entrega de las sumas de dinero a que la Nación queda obligada, se subordina a las apropiaciones que de tales sumas se hagan en los respectivos presupuestos".

Una cláusula de esta índole es inadmisibles en el derecho privado, pues equivale a someter el cumplimiento de la obligación a una condición "si quiero", prohibida por el artículo 1534 del C. C. En efecto, si el pago de dineros por parte de la Nación se sujeta a las apropiaciones presupuestales, queda al arbitrio del Congreso verificarlas o no. En caso negativo, la Administración no puede realizar los pagos correspondientes y no cabe exigirle responsabilidad por ello.

4).- La responsabilidad contractual supone, ante todo, la preexistencia de un contrato válido celebrado entre la Administración y la víctima del ilícito. Si el perjuicio alegado no procede de la violación de un deber contractual de la Administración frente a la víctima, la responsabilidad administrativa será de otra índole: por violación del principio de legalidad o simplemente extracontractual.

Hay casos en que se discute sobre la naturaleza de la responsabilidad que pueda incumbirle a la Administración. Se trata de los

perjuicios que pueden derivar de hechos anteriores al perfeccionamiento del contrato pero relacionados con él y de los nacidos de la celebración de un contrato nulo.

5).- La primera cuestión es la relativa a la responsabilidad precontractual de la Administración. En el derecho privado hay autores que, como Pérez Vives, consideran que al lado de la responsabilidad contractual pueden encontrarse otros tipos autónomos de responsabilidad: la contractual y la postcontractual. Esta última no tiene mayor interés. Pérez Vives pretende fundamentarla en dos ejemplos muy discutibles y, en todo caso, no logra justificarla como un tipo autónomo de responsabilidad sino como una mera aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho, es decir, que se trata de una hipótesis de responsabilidad ajena al contrato. En cambio, la teoría de la responsabilidad precontractual merece una consideración más atenta. (3).

Estudiando el proceso previo a la celebración del contrato, Pérez Vives encuentra que consta de una serie de actos preparatorios de acercamiento, de deliberación, de compulsas de los respectivos intereses, etc., fase preliminar que suele culminar en una oferta, esto es "en el proyecto definitivo de acto jurídico que se somete a la aceptación de la persona a quien se dirige" y que debe reunir los siguientes requisitos: "1) La oferta debe ser completa; 2) ella debe emanar de la voluntad del oferente; 3) debe ser dirigida a un destinatario; y 4) debe llegar al conocimiento de éste". (4)

La oferta es ya un paso firme hacia la celebración del contrato. Equivale al asentimiento prestado por el oferente. Con ella se inicia, según el autor que venimos citando, la fase precontractual que debe culminar con el perfeccionamiento del contrato. En efecto, si el contrato es consensual, se perfecciona por la aceptación pura y simple de la oferta, expedida por el destinatario. Si el contrato es solemne, es necesario, además, llenar las formalidades exigidas por la ley.

Ahora bien, si antes de la aceptación de la oferta o de la celebración del contrato solemne, según el caso, el proponente retira su propuesta y se niega a contratar, el artículo 187 C. de Co. lo obliga a indemnizar "los gastos que hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido la persona a quien fue encaminada la propuesta".

(3) (Cfr. Pérez Vives, Alvaro, "Teoría General de las Obligaciones", Temis, Bogotá, 1968, Vol. II p. 45 y ss.).

(4) (ib. op. cit. Vol. I, p. 27).

La oferta que reúne las exigencias legales tiene el valor de una declaración unilateral de voluntad que obliga al proponente con relación al destinatario, aún sin la aceptación de éste. Desde luego, si el destinatario rechaza la oferta, el proponente queda obligado. Pero éste no la puede retirar antes de la aceptación o el rechazo del destinatario. A propósito de esto, los artículos 184 y 185 C. de Co. señalan los términos dentro de los cuales debe expedirse la aceptación: vencidos dichos términos, el oferente puede retirar su oferta, pero está obligado a dar pronto aviso de su retractación, bajo responsabilidad de daños y perjuicios.

Pérez Vives considera, con acierto, que la responsabilidad del oferente no es extracontractual, "pues se trata de un intercambio de consentimientos, previo el acto jurídico convenido; la conducta de las partes hay que analizarla allí a la luz de los vínculos jurídicos surgidos entre ellas. Que son muy diferentes y configuran situaciones muy distintas a las que podrían presentarse, v.gr., en un accidente automovilario. Porque el peatón arrollado por el automovilista no podría alegar vínculo alguno entre él y quien lo atropelló. En cambio, en el evento a que aludimos, existió un acuerdo de voluntades que, si bien no alcanzó a obtener la categoría de contrato, creó a cargo de las partes la obligación de indemnizar los perjuicios que se causaron por la no conclusión del contrato convenido". (5)

La ley no trae más reglas acerca de esta responsabilidad. Pero como se trata de una relación obligatoria similar a la nacida del contrato, consideramos que la responsabilidad que surge de su violación es de tipo contractual. Por esta razón es interesante destacar la responsabilidad precontractual: ésta nace por fuera del contrato y, sin embargo, le son aplicables las reglas de la responsabilidad contractual.

En cuanto a los perjuicios ocasionados en la fase anterior a la oferta, su régimen es el de la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad precontractual se circunscribe, pues, a la violación de los deberes surgidos de la oferta.

Es difícil que estos principios tengan validez práctica en materia administrativa porque la forma bastante complicada del procedimiento de contratación de las entidades públicas parece excluir la posibilidad de ofertas que reúnan las exigencias del C. de Co. Empero, si

(5) (Pérez Vives, op. cit., Vol. II, p. 8).

se dan circunstancias de esa naturaleza, creemos que sea viable la aplicación analógica del C. de Co.

6).- Los problemas más frecuentes sobre responsabilidad de la Administración por hechos previos a la celebración de un contrato se plantean en las licitaciones o concursos que deben abrirse para la verificación de ciertos contratos. Puede ocurrir que la Administración viole el reglamento del concurso o licitación, que decida no seguir adelante con él, o que una vez calificado, se niegue a contratar con el concursante ganancioso.

La primera hipótesis era considerada por el Consejo de Estado, antes del D. 528/64, como constitutiva de responsabilidad contractual y, por consiguiente, las contenciones respectivas debían ventilarse ante la jurisdicción ordinaria. (6)

Nosotros consideramos que dicho ilícito debe someterse al régimen de la responsabilidad por violación del principio de legalidad, pues no surge de la infracción de deberes contractuales sino del comportamiento ilegal de la Administración.

Ahora bien, la licitación no obliga a la Administración a contratar. La Administración debe someterse al reglamento de concurso en el sentido de observar los trámites previstos, de calificarlo de acuerdo con las bases sentadas en el pliego de cargos, de celebrar el contrato con el ganador en las condiciones indicadas en el reglamento y no con otra persona, etc. Esta es la doctrina del Consejo de Estado. Según dicho organismo, "corresponde a la Administración unilateralmente señalar en el pliego las condiciones y normas de la licitación pero una vez establecido y promulgado el reglamento del concurso es ley para las partes. Esto quiere decir que la Administración tiene en adelante dentro del proceso de concurso una competencia reglada. Su facultad para contratar se limita al contrato enunciado y no a otro". Con todo, "como resultado de la licitación el Gobierno no está obligado a contratar. Puede abstenerse de hacerlo". (7)

Según este criterio, la Administración puede suspender en cualquier momento la licitación. Más aún, si la adjudicación del contrato no equivale a su perfeccionamiento, por ser necesario agotar otros trámites, la Administración puede negarse a culminar el contrato ini-

ciado. Pero no es absolutamente libre para hacerlo. En efecto, el acto por medio del cual la Administración suspende el proceso de licitación o se niega a perfeccionar un contrato adjudicado es susceptible de control de legalidad, particularmente en lo relacionado con los motivos que lo inspiraron. De ahí puede resultar, por consiguiente, una responsabilidad por violación del principio de legalidad. No se trata, por lo dicho, de un caso de responsabilidad extracontractual, como lo sostiene Carlos Holguín Holguín. (8)

7).- En cuanto al contrato nulo, es sabido que éste carece de efecto obligatorio entre las partes que lo celebraron. Por consiguiente, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de lo pactado ni el deudor está contraído a ejecutarlo. Esto significa que inejecución de las supuestas obligaciones nacidas de un contrato nulo no es fuente de responsabilidad contractual.

Empero, algunos textos proclaman la responsabilidad del cocontratante que ha dado lugar a la declaración de nulidad, obligándolo a reparar los perjuicios sufridos por la otra parte (artículos 1.512, 1.870 y 1.983 C. C.).

Muchos autores han querido ver en tales disposiciones la aplicación de un principio general. Algunos, remitiéndose a Ihering, hablan de que la ley ha admitido la responsabilidad por la falta cometida en la conclusión de un contrato. Es la teoría de la "culpa in contrahendo", expuesta por Ripert y Boulanger en los términos que siguen: "Cuando una persona se compromete por contrato, afirma su voluntad de concluir un contrato válido. Si después pide la anulación, falta a la obligación de buena fe que asumió así en el acuerdo tácito que precedió a la conclusión del contrato. Su responsabilidad es por lo tanto contractual". (9)

Ripert y Boulanger se encargan de refutar la teoría en mención. "Esa es una construcción ingeniosa —dicen— pero de inspiración romanista; se trataba de remediar la falta de un principio general de responsabilidad en el derecho romano. El artículo 1.382 (francés) hace inútil un artificio de esa índole. El acuerdo que haría nacer la obligación de mantener el contrato es puramente imaginario... El contrato

(6) (Cfr. Ortega Torres, "Código Contencioso Administrativo", Temis, Bogotá, 1965, p. 380).

(7) (Derecho Colombiano, No. 68, Agosto 67, p. 480 y ss.).

(8) (Holguín H., Carlos, "Responsabilidad Precontractual del Estado", Derecho Colombiano, No. 49, enero 66, p. 95 y ss.).

(9) (Ripert-Boulanger, "Tratado de Derecho Civil". Ed. La Ley, Bs. Aires, 1964, T. IV, p. 454).

impone a cada una de las partes la obligación de buena fe. Pero aquí, por hipótesis, no ha sido formado un contrato válido". (10)

El principio general que aplican los textos citados es el de la responsabilidad extracontractual, según el cual daño imputable a malicia o negligencia de una persona debe ser reparado por ésta (artículo 2356 C. C.). Así, pues, la responsabilidad del contratante que por su culpa ha dado lugar a la conclusión de un contrato nulo es extracontractual.

8).- El contrato es definido por el artículo 1.495 C. C., en los siguientes términos: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, a hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

El texto que acabamos de transcribir ha sido justamente criticado por la doctrina. Según Eudoro González, "en esta definición se equiparan o hacen sinónimos los términos contrato y convención, conceptos que en terminología jurídica son distintos. Convención es término genérico y se aplica a todo acuerdo que produce un resultado económico; al que crea, modifique, extingue o traspasa derechos; en cambio, el contrato es específico, y se aplica sólo al que produce obligaciones. Todo contrato es convención pero no a la inversa. Además, ese texto 1495, define más bien la obligación que el contrato, o sea, toma el efecto por una de sus causas; y no solamente da el concepto de obligación, sino que consigna la gran clasificación de ellas, la *summa divisio* de las obligaciones" (lo subrayado es textual). (11)

El efecto propio del contrato es generar obligaciones. El contrato es ley para las partes, dice el artículo 1602 C. C., y obliga no sólo a lo que en él se estipula sino a todas las cosas que emanen precisamente de la obligación, o que por ley pertenecen a ella (artículo 1603 C. C.). Corroborando este principio, el artículo 38 de la ley 153/87 dice que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

9).- Los artículos 666, 1495 y 1517 del C. C., ofrecen bases para definir la obligación como "un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en relación con otra también determinada, en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa". (12)

(10) (ib., p. 455).

(11) (González Gómez, Eudoro, "Las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano", Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 1963, T. I., p. 4).

(12) (Pérez Vives, op. cit., Vol. I, p. 4).

Pérez Vives distingue cuatro elementos en la obligación, a saber:

"1) El *sujeto* (activo), titular del derecho, en cuyo favor existe el vínculo y que tiene la facultad de exigir la prestación. La parte activa de la relación suele llamarse crédito, y el beneficiario, "acreedor" (de credere, creer, confiar).

"2) El *paciente* (sujeto pasivo), que está en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo para el acreedor. La parte pasiva de la relación se denomina "deuda", y el gravado con ella, "deudor".

"3) El *objeto*, que es aquello que debe hacerse o no hacerse, y que técnicamente se denomina *prestación*, cuando consiste en un hecho positivo, y *abstención*, cuando de uno negativo se trate.

"4) El *vínculo de derecho*, cuya naturaleza jurídica nos indica que no se trata de una relación material (artículo 664 C. C.) y que liga al deudor con el acreedor". (Las subrayas son textuales). (13)

Cuando la Administración toma en virtud del contrato la posición del deudor, queda sometida al deber jurídico de observar determinado comportamiento frente al cocontratante acreedor. Solamente éste tiene el derecho de exigir de la Administración el cumplimiento de lo pactado, que consiste en principio en deberes jurídicos más o menos determinados en cuanto a su contenido, salvo los que emanan de la buena fe, que son más o menos indeterminados. La determinación de los sujetos activos y pasivos sirve para distinguir la relación obligatoria de otros deberes jurídicos de la Administración que carecen de sujeto activo determinado. La determinación del contenido caracteriza, además, al deber contractual frente al extracontractual: éste es generalmente indeterminado.

10).- Conforme al artículo 1495 C. C., el contenido de la obligación puede consistir en un *dar*, en un *hacer* o en un *no hacer*. Estos objetos deben ser más o menos determinados, precisos. Además de este grupo, hay que considerar otro: el de las obligaciones nacidas de la buena fe, cuyo contenido es más o menos indeterminado.

a).- Las obligaciones de *dar* son aquellas en que el deudor se obliga a transmitir al acreedor un derecho real, especialmente la propiedad. Sin duda, su objeto consiste en un *hacer*: el deudor debe realizar un hecho en favor del acreedor. Pero ese hecho debe cons-

(13) (Pérez Vives, op. cit., ps. 4-5).

tituir al acreedor en titular de un derecho real. En la obligación de dar el deudor queda comprometido a realizar el acto jurídico denominado tradición. Dicha obligación contiene, además, la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene también la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir (art. 1605 C. C.).

B. La obligación de *hacer* consiste en realizar un hecho en favor del acreedor, distinto de la transmisión de la propiedad o de la constitución de otro derecho real. El hecho a cuya realización se compromete el deudor puede consistir en la prestación de bienes o de servicios.

C) "La obligación de no *hacer* es aquella en virtud de la cual el deudor está obligado a abstenerse de ciertos actos que, según el derecho común, sería libre de realizar o no según su voluntad", enseñan Colin y Capitant. (14)

11) El deudor debe cumplir directamente su obligación. Esto significa que debe realizar el hecho prometido o abstenerse de ejecutar el prohibido, en forma "íntegra, efectiva y oportuna". "Decimos que el cumplimiento debe ser *íntegro*, expresa Sergio Gatica Pacheco; porque debe comprender la prestación de todo lo debido, es decir, la ejecución o abstención completa de la cosa o hecho que se adeuda. Agregamos que debe ser *efectivo*, porque se trata de solucionar la obligación de la manera estipulada o debida. Y *oportuno*, porque la prestación debe cumplirse en el tiempo que corresponda". (15)

12) Las obligaciones deben cumplirse, además, de buena fe (artículo 1603 C. C.). ¿Qué ha de entenderse por ello? Según Alfonso Valencia Correa, la "expresión "buena fe" está tomada de la antigua distinción romana entre contratos *bonae fidei* y *strictijuris*, según que produjeran una acción de estricto derecho o una simple acción de buena fe. Escribire, citado por Valencia Correa, dice que el contrato de riguroso derecho "es el que no comprende más que lo que haya sido estipulado expresamente, o lo que se haya establecido por las leyes sobre el asunto, debiendo siempre tomarse a la letra, sin extensión alguna. Tal es el unilateral" y contrato de buena fe "es el que se extiende aún a cosas sobre que no se han explicado los contrayentes, por ejemplo, a los intereses por mora o dilación; y aquel en que

(14) (Colin-Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", Ed. Reus, Madrid, 1960. T. III, p. 21).

(15) (Gatica Pacheco, Sergio, "Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento del Contrato", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 61).

el juez puede desechar todo lo que se opone a la razón, a la equidad o a la intención presunta de las partes. Tal es el bilateral" (16).

En los *iudicia bonae fidei*, enseña Juan Iglesias, "el deudor es responsable de todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales, importando poco que se trate de un acto positivo o de una omisión". (17)

Ahora bien, en el derecho moderno todos los contratos son *bonae fidei*; obligan a las partes a comportarse como *personas justas y leales*. En lo que respecta al deudor, la primera exigencia de justicia y lealtad que se le formula es ejecutar la prestación u observar la abstención que ha prometido. Pero las exigencias del contrato no se agotan en las acciones u omisiones típicas, más o menos determinadas, en que consisten el dar, el hacer y el no hacer que son el objeto principal de la obligación. La justicia y la lealtad imponen ciertas acciones u omisiones que no pueden ser determinadas de antemano. Se trata de deberes más o menos indeterminados. En este sentido la conducta prescrita por la buena fe es atípica: no puede decirse previamente y de manera exhaustiva cuales son los comportamientos contrarios a la buena fe. A lo más, podrán señalarse algunos criterios para conocerlos.

Explicando este principio, Karl Larenz enseña que "la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabría esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando de él en virtud de otros vínculos jurídicos. Se trata, por lo tanto, de un módulo "necesitado de concreción", que únicamente nos indica la dirección en que hemos de buscar la contestación de cual sea la conducta exigible en determinadas circunstancias. No nos da una regla apta para ser simplemente "aplicada" a cada caso particular y para leer en ella la solución del caso cuando concurren determinados presupuestos. Sino que en cada supuesto se exige un juicio valorativo del cual derivan lo que en el momento y el lugar exijan. Pero este juicio no se obtiene a través del criterio subjetivo del que hace la apreciación en caso de litigio, por consiguiente, el juez, sino que se tomará

(16) (Valencia Correa, Alfonso, "Teoría General de las Obligaciones", Ed. Universidad del Cauca, Popayán, 1953, p. 242).

(17) (Iglesias, Juan, "Derecho Romano", Ariel, Barcelona, 1953, T. H., p. 148).

como módulo el pensamiento de un intérprete justo y equitativo, es decir, que la sentencia ha de ajustarse a las exigencias generalmente vigentes de la justicia, al criterio reflejado en la conciencia jurídica del pueblo o el sector social al que correspondan los participantes (p. ej., comerciantes, artesanos, agricultores), en tanto ello no sea contrario a las exigencias y al contenido objetivo de los valores descritos en las palabras "fidelidad" y "crédito" (es decir, confianza). A este juicio cooperan los usos y concepciones ya existentes en el tráfico habiendo de investigarse a su vez si coinciden con aquellas supremas exigencias y de otra parte el ejemplo y modelo que la jurisprudencia ofrece en la valoración de casos análogos o equiparables" (18).

La determinación de lo "justo y leal" no queda al arbitrio del juez. Este debe inspirar su decisión en los principios de justicia en que se funda el derecho positivo. Por ejemplo, en un orden individualista el juez no puede aplicar los principios de la justicia del socialismo, aunque los considere más elevados. Con todo, en la práctica los más altos Tribunales se han arrogado la facultad de decidir libremente sobre qué es la Justicia. La razón de ello está en que no se ha realizado un estudio previo acerca de la idea de Justicia prevalente en nuestro derecho.

13) Vamos a referirnos ahora a una clasificación de las obligaciones que ha tenido mucho éxito en la doctrina moderna. Se trata de la clasificación que distingue entre las obligaciones de "medios" y las obligaciones de "resultado"; terminología un poco sibilina, al decir de Mazeaud-Tunc, quienes la reemplazan por las expresiones "obligaciones generales de diligencia y prudencia" y "obligaciones determinadas". (19)

En las obligaciones de *resultado* (o determinadas), "el contrato pone a cargo del deudor la obligación de procurar al acreedor un resultado determinado", mientras que en las obligaciones de *medios* (o de prudencia y diligencia), el deudor sólo está obligado a "tomar ciertas medidas que normalmente son capaces de llevar a cierto resultado". (20)

(18) (Larenz, Karl, "Derechos de Obligaciones", Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958. T. I, ps. 142-3).

(19) (Mazeaud-Tunc, "Responsabilidad Civil", EJE, Bs. Aires, 1961, T. I., Vol. I, p. 127).

(20) (Mazeaud-Tunc, op. cit., p. 130; Ripert-Boulanger, op. cit., T. IV, p. 464).

Según sus partidarios, esta clasificación permite conocer con exactitud la medida o la extensión del deber del deudor. Por ende, es más útil para determinar el incumplimiento. Así, en las obligaciones determinadas basta establecer que el deudor no obtuvo el resultado que se esperaba de él para afirmar el incumplimiento; en las obligaciones de medios hay que establecer que el deudor no fue prudente o diligente, es decir, que no hizo lo que debía para obtener el resultado aleatorio prometido, para poder decir que faltó a su obligación.

La Corte aceptó el criterio expuesto en los términos que siguen: "El contenido de cualquier obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que éste debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor, en favor del acreedor. Dicho en otras palabras: la obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido, tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medio, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos, y su diligencia, pero no a que éste se alcance". (21)

14) La clasificación anterior ha sido objeto de numerosas críticas que tienden a restarle importancia. Sin duda, los ejemplos que a menudo se dan para sustentarla han creado la impresión de su exactitud. Así, se ha dicho que la obligación del médico es de medios: el médico no se obliga a curar al enfermo sino a tratarlo con prudencia y diligencia, empleando las reglas de su arte. Cosa distinta es, por ejemplo, la obligación del comodatario, quien debe restituir la cosa prestada; si no verifica la restitución, falta a su deber. Con todo, la exactitud de la distinción es más aparente que real. No es fácil, en la práctica, saber cuando un contrato genera obligaciones de medios o de resultados. Además, las nociones mismas de "medio" y de "resultado" no son determinables de modo absoluto. Desde cierto punto de vista, todas las obligaciones son de medios; miradas las cosas desde otra pers-

(21) (G. J., T. XLVI, ps. 571-2).

pectiva, todas son de resultado. Aún las llamadas obligaciones de "resultado" presuponen el empleo de ciertos medios por el deudor, es decir, que éste actúe con prudencia y diligencia; de otra parte, el resultado puede ser un simple medio útil al acreedor para obtener otro resultado. En fin, en todo contrato el acreedor espera, desde luego, la obtención de un resultado. En este sentido, el "medio" debe ser, para el acreedor un resultado. Como se vé, la terminología empleada es sumamente oscura, imprecisa, "sibilina", como dicen Mazeaud-Tunc.

Pero los defectos de la clasificación no se corrigen mejorando la terminología, como pretenden Mazeaud-Tunc. En rigor, todas las obligaciones tienen que ser determinadas. De lo contrario, carecerían de objeto. Ahora bien, hay diversos grados de precisión en el objeto de la obligación, es decir, en el resultado que espera el acreedor. El vendedor, por ejemplo, puede comprometerse a entregar un cuerpo cierto o una cosa de género: el objeto de la obligación no es igualmente determinado en dichas hipótesis. El médico se obliga a tratar al paciente. Muchas veces su compromiso no puede determinarse previamente con exactitud. Pero algún grado de determinación debe tener. Así, se compromete a prestar servicios médicos, de acuerdo con los principios de la ciencia médica, y no servicios odontológicos, veterinarios, agrónomos, jurídicos, etc. Es más, en ciertas ocasiones puede comprometerse más precisamente, por ej.; a llevar a cabo determinado tratamiento o a realizar cierta operación, o a formular tales o cuales medicamentos.- Como dicen acertadamente Ripert y Boulanger, la naturaleza del hecho prometido, sobre el cual descansa la clasificación, admite no sólo una distinción en dos categorías, sino una variedad infinita de obligaciones". Ej.: un obrero puede comprometerse a reparar un mueble lo mejor posible, pero también a hacer una reparación claramente determinada, a emplear tales o cuales materiales; un médico puede comprometerse a cuidar un enfermo y también a realizar tal operación, a usar tal procedimiento; un transportador tiene, ante el viajero, una obligación más estricta que la del que explota un funicular de deportes de invierno ante el usuario. Toda obligación entraña un resultado a obtener y los medios apropiados para lograrlo. No es discutible que pueda existir en el contrato una determinación más o menos grande del objeto, pero esa determinación es relativa al resultado como a los medios". (22)

(22) (Ripert-Boulanger, op. cit., T. IV, p. 465).

Valencia Zea, entre los nuestros, se ha encargado de criticar vigorosamente la clasificación de que se habla. El citado expositor dice que "en la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados (o la equivalente de obligaciones determinadas o de prudencia general) existe un ilógico planteamiento del problema. En efecto, en las obligaciones de los profesionales una cosa es *no cumplir* y otra diferente *cumplir mal*. Esta distinción es la que debe hacerse y no la que se critica.

"En el tan trajinado ejemplo del médico que hace mal la operación quirúrgica, ejemplo que es propuesto siempre por los autores franceses que defienden la clasificación mencionada, es necesario distinguir dos hipótesis: a) Cuando el médico no concurre a la sala de operaciones a cumplir su obligación el día convenido; aquí ha incumplido su obligación); b) Cuando concurre y hace la operación, pero negligentemente, de modo que causa la muerte del paciente, cuando normalmente una operación semejante no conduce a ello. Aquí cumplió, pues asistió e hizo la operación, pero cometió culpa, es decir, realizó un defectuoso cumplimiento.

" En el primer caso queda comprometida sin más discusión la responsabilidad del médico (violación negativa del deber de cumplir); en el segundo (violación positiva del deber de cumplir bien) no se compromete de plano su responsabilidad, y la víctima o sus herederos deben acreditar que cumplió indebidamente". (23)

La clasificación, que no ha sido adoptada formalmente por el legislador, no parece ser precisa ni coherente. Las dificultades de orden práctico, así como las objeciones de orden lógico que suscita, hacen más aconsejable prescindir de ella. Nosotros no la tendremos en cuenta. Acudiremos mejor a la vía, tal vez más fecunda, de analizar las distintas formas de incumplimiento sin hacer referencia a determinada clasificación de las obligaciones.

15) Dijimos atrás que el deudor debe cumplir sus obligaciones en forma íntegra, efectiva y oportuna. Ello da pie para distinguir varias modalidades en el incumplimiento de las obligaciones.

A.- La primera aparece cuando el deudor se abstiene por entero de realizar el hecho o de observar la abstención que ha prometido: no transfiere el derecho, no presta el servicio, no entrega la cosa, eje-

(23) (Valencia Zea, Arturo, "Derecho Civil", Temis, Bogotá, 1960, T. III, p. 370).

cuta el comportamiento prohibido, etc. En tales casos, incumple de modo *absoluto* su obligación.

El incumplimiento es absoluto aunque el deudor ofrezca cumplir tardía, parcial o defectuosamente la obligación, porque el acreedor no está obligado a recibir un pago que no sea íntegro, efectivo y oportuno. Ahora, si a pesar de todo el acreedor recibe un pago que no reúna los requisitos exigidos, se está en presencia de otra modalidad del incumplimiento.

Para que pueda hablarse de incumplimiento es preciso que el deudor esté en *mora* de cumplir, lo cual sucede, según el artículo 1608 C. C., en los siguientes casos: 1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en *mora*; 2) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; 3) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. Esto último acontece en todos los contratos en que las partes no han estipulado plazo, ni éste ha sido determinado por la ley o por las circunstancias del negocio. Además cuando la ley exige ese requisito, como en ciertas hipótesis de los contratos de arrendamiento, de mutuo, de la administración de bienes ajenos (rendición de cuentas) y de los instrumentos negociables (protesto).

El principio de la *mora* es inútil en las obligaciones de *no hacer*. En efecto, dichas obligaciones "o se cumplen o se violan, es decir, no admiten sino una forma de infracción: el incumplimiento definitivo". (24)

Solamente cuando el deudor se halla en *mora* de cumplir, puede el acreedor hacer uso de los derechos que le confiere la ley para obtener el cumplimiento forzado de la obligación, la resolución del contrato o la indemnización de perjuicios compensatorios y moratorios.

B.- "Ocurre a veces —dicen Ripert y Boulanger— que el incumplimiento es solamente parcial. Eso puede entenderse de dos maneras diferentes.

"El deudor puede en primer lugar no cumplir más que *una parte de la obligación*. Ese cumplimiento parcial representa a veces una cierta ventaja para el acreedor (por ejemplo, se le deben cien tone-

(24) (Gatica Pacheco, op. cit., p. 84-5).

ladas de carbón y se entregan cincuenta); en tal caso el acreedor no tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios más que por la parte que no ha sido cumplida. Puede suceder, por lo contrario, que el objeto sea *indivisible*, en cuyo caso el acreedor tendrá el derecho de considerar que el contrato no ha sido cumplido. Todo depende en consecuencia del carácter *divisible* o *indivisible* de la obligación.

"En segundo lugar, el deudor puede no cumplir una *obligación accesoria* a la obligación principal; en ese caso el contrato no presenta ya la misma utilidad para el acreedor. Si la obligación accesoria es *esencial* en razón de esa utilidad, hay un incumplimiento completo del contrato; si es *secundaria*, el contrato ha sido cumplido parcialmente y sólo queda compensar el perjuicio resultante del incumplimiento de la obligación accesoria". (las subrayas son textuales). (25)

En los casos de incumplimiento parcial también se exige el requisito de la *mora* en cuanto a la parte insoluta del crédito.

C.- Cuando el deudor cumple la obligación después del tiempo en que debió hacerlo, se habla de cumplimiento *tardío*. Dijimos que el acreedor puede rechazar un pago de esa índole; pero si lo acepta, no por ello pierde el derecho a exigir el pago de los perjuicios que se deriven de la *mora* del deudor.

D.- Por último, el cumplimiento puede ser *defectuoso*. "El deudor en ciertos casos —dicen Ripert y Boulanger— parece cumplir la obligación a su cargo, pero la cumple mal. Ese defecto en el cumplimiento puede presentarse en toda clase de obligaciones: por ejemplo, el deudor entrega una mercadería que no es de la calidad prometida y el acreedor la acepta sin darse cuenta; el deudor ejecuta el trabajo convenido, pero comete torpezas en ese cumplimiento; el deudor se pone al servicio del acreedor, pero no hace ningún trabajo útil". (26)

16) La distinción entre el incumplimiento absoluto y el cumplimiento defectuoso interesa en materia probatoria. En principio, al acreedor no le corresponde probar el incumplimiento. Probada la obligación, el deudor debe, a su vez, aportar la prueba del cumplimiento; de lo contrario, se presume que incumplió (artículo 1757 C. C.). Ahora bien, si el deudor ofrece pruebas de que se cumplió la

(25) (Ripert-Boulanger, op. cit. T. IV, p. 461).

(26) (Ripert-Boulanger, op. cit., T. IV, p. 461).

obligación y el acreedor estima que dicho cumplimiento fue defectuoso, debe justificar esa pretensión. (27)

Lo anterior significa que el cumplimiento se reputa perfecto, a menos de probarse lo contrario. Al acreedor le corresponde destruir la apariencia de cumplimiento brindada por el deudor.

El cumplimiento parcial y tardío surgen de la prueba misma ofrecida por el deudor. Al juez le basta comparar la prueba de las circunstancias de tiempo, lugar y modo del cumplimiento con la extensión y las modalidades de la obligación, para constatar si hubo cumplimiento parcial o tardío. Por ejemplo, si la obligación era de entregar 100 toneladas de carbón y el deudor sólo acredita la entrega de 50; o si debía cumplir el 1º de diciembre y ofrece un recibo fechado el 20.

Además, la distinción de las diversas modalidades del incumplimiento importa para determinar los perjuicios que debe indemnizar el deudor. De ello nos ocuparemos al hablar del daño y su reparación.

17) El incumplimiento, en cualquiera de sus formas, debe ser imputable al deudor; en este caso, a la Administración. En el capítulo primero vimos cuando puede hablarse de actividad administrativa. Haremos, sin embargo, algunas precisiones sobre el particular.

En primer lugar, la Administración responde de los actos de todos sus funcionarios y no sólo de los encargados de cumplir sus obligaciones contractuales. En efecto, según el artículo 1738 C. C., "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable" y tales son las vinculadas a la Administración por relaciones de representación o de trabajo.

En algunas hipótesis la Administración responde de actos de personas que le son ajenas. Por ejemplo, el artículo 1998 C. C., dice que "el arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa, sino de las de su familia, huéspedes y dependientes". Juzgamos que esta regla, concebida para el arrendamiento de viviendas, puede ser extendida a los casos en que la cosa arrendada se destina de alguna manera al uso público, así los daños ocasionados por el público en las oficinas destinadas a atenderlo, deben ser reparados por la Administración.

Pero una persona administrativa no responde de los actos de las demás personas públicas. Si una decisión de la Administración Cen-

(27) (Ripert-Boulanger, op. p. 465; Valencia Zea, op. cit., p. 358 y ss.).

tral viola el derecho de un cocontratante de alguna de las administraciones locales, ésta no es responsable de la infracción. Desde luego, la Administración Central puede comprometer su responsabilidad, pero no por la violación del contrato sino por infracción del principio de legalidad. Sin embargo, el Consejo de Estado se inclina por otra solución, según se advirtió en el cap. 1, N° 9.

Por último, la Administración no responde de los actos de las restantes ramas del poder: las decisiones legislativas y jurisdiccionales no le son imputables.

18) El incumplimiento de la obligación no constituye razón suficiente para proclamar la responsabilidad administrativa. La Administración, como todos los deudores, sólo está obligada a indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento *culpable* de las obligaciones a su cargo. En efecto, el artículo 1604 C. C., dice que "el deudor no es responsable sino de la *culpa lata* en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la *leve* en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la *levísima* en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio".

El artículo 63 C. C., define las varias clases de culpas. Dice que "*culpa grave, negligencia grave, culpa lata*, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

"*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero*, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. *Culpa o descuido*, sin otra calificación, significa culpa o descuido *leve*. Esta especie de culpa se opone a la *diligencia o cuidado ordinario o mediano*.

"El que debe administrar un negocio *como un buen padre de familia*, es responsable de esta especie de culpa.

"*Culpa o descuido levísimo* es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la *suma diligencia o cuidado*.

"El *dolo* consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

19) El texto del artículo 1604 C. C., no permite poner en duda la necesidad de la culpa del deudor como presupuesto de la responsabilidad contractual. Sin embargo, el régimen de la culpa en nuestro derecho está lejos de ser claro y preciso. En primer lugar, ofusca la noción de culpa, referida a un tipo ideal difícilmente discernible, o mejor, a tres tipos ideales, según la naturaleza del contrato cuestionado. En segundo lugar, se discute sobre la necesidad de probar la culpa: ¿surgirá ésta del mero hecho del incumplimiento? Será necesaria una prueba especial? En fin, no resulta sencillo armonizar las ideas de culpa y de fuerza mayor o caso fortuito de modo que estos fenómenos sean equiparables a la ausencia de culpa.

20) Estos problemas son de escasa ocurrencia en la práctica. Podríamos decir, haciendo nuestras las palabras de Colin y Capitant, que es imposible "citar una sola decisión judicial que libere a un deudor por la razón de que el cumplimiento de su obligación habría requerido una diligencia superior a la de un *bonus pater familiae*". (28). Ello, porque el acreedor no necesita probar la culpabilidad del deudor para exigir el pago de los daños ocasionados por el incumplimiento. En otras palabras, la inejecución del contrato permite presumir la culpa.

Veamos como opera esta presunción en las hipótesis de incumplimiento *absoluto*, *parcial* o *tardío* y en las de cumplimiento *defectuoso*.

a) En las primeras, el acreedor ha probado la obligación, mientras que el deudor no ha conseguido probar el cumplimiento o sólo ha probado una ejecución parcial o tardía. La culpa se presume: aparece de la ineptitud de la prueba ofrecida por el deudor.

b) En el cumplimiento defectuoso el acreedor prueba la obligación y el deudor acredita una apariencia de cumplimiento: entregó la cosa, realizó la labor, etc. Corresponde al acreedor probar los defectos del cumplimiento, destruir la apariencia presentada por el deudor y mostrar que, en realidad, hubo incumplimiento. No le corresponde propiamente demostrar la culpa, como lo sostiene la doctrina tradicional. Probado el incumplimiento, la culpa se presume. En ocasiones, sin embargo, será necesario acreditar el incumplimiento mediante la prueba de la falta de diligencia o cuidado del deudor; pero esta es una cuestión de hecho sobre la que no se puede generalizar.

(28) (Colin-Capitant, op. cit., T. III, p. 25).

El acreedor no está obligado a probar la culpa del deudor. Esa es la doctrina que se desprende con toda claridad del artículo 1604, inc. 3º del C. C., según el cual "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega". Es indiscutible, entonces, que el deudor debe acreditar la ausencia de culpa, probando su diligencia o cuidado o la ocurrencia del caso fortuito o de la fuerza mayor que le impidieron cumplir con su obligación. Ahora bien, la prueba de lo primero es sumamente difícil. Hay que establecer la conducta posible del tipo ideal y compararla con la del deudor. ¿Cómo se comportaría el tipo ideal? De hecho, se considera que el tipo ideal es aquel que cumple a cabalidad con sus compromisos y que no contrae obligaciones superiores a sus posibilidades. (29)

Muchos autores opinan que la culpa consiste en el incumplimiento de la obligación (30). Así lo ha sostenido, además, la Corte Suprema de Justicia en recientes decisiones (31). Con todo, el incumplimiento de la obligación es una presunción de culpa, pero no la culpa misma. De lo contrario, la noción de culpa sería inútil. Bastaría que el Código dijera que el deudor responde del incumplimiento de la obligación, a menos de probar el caso fortuito o la fuerza mayor liberatorios. Tal parece ser la solución del Código Francés (artículos 1147 y 1148); pero en Francia no existe un precepto claro como el del artículo 1604 de nuestro Código Civil.

La culpa es la falta de la diligencia y cuidado que incumben al deudor según la naturaleza del contrato. Ahora bien, la cuestión de si el incumplimiento es de por sí constitutivo de culpa hay que resolverla en cada caso particular, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean. No puede afirmarse de una vez por todas que el tipo ideal es aquel que nunca incumple sus obligaciones ni asume compromisos de los que quizás no pueda liberarse. Según esto, el tipo ideal sería un sujeto enteramente pasivo, similar al personaje evangélico que enterró su talento para evitar perderlo, pues toda obligación que se contrae lleva consigo el riesgo de su incumplimiento. ¿Para qué hablar entonces de culpa y de tipos ideales? Nuestro

(29) (Cfr. Valencia Zea, op. cit., p. 336).

(30) (Cfr. Colin-Capitant, op. cit., T. III, p. 22; Josserand, "Cours de Droit Civil Positif Français", Sirey, París, 1939, T. II, p. 386; Ripert-Boulanger op. cit., T. IV, p. 466; Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Porrúa, México, 1964, T. II, p. 93; Valencia Zea, op. cit., p. 337; Pérez Vives, op. cit., Vol. II, ps. 13-4).

(31) (Derecho Colombiano, Marzo 67, No. 63, p. 335).

derecho no asimila la prudencia y el cuidado a la pasividad absoluta. Esta no es una virtud propia de los hombres diligentes cuidadosos.

El deudor puede liberarse de los efectos del incumplimiento mediante la prueba de su diligencia y cuidado en el cumplimiento de la obligación, es decir, acreditando que obró como lo habría hecho aún una "persona negligente o de poca prudencia", o como "un buen padre de familia", o con "la esmerada diligencia de un hombre juicioso", según la índole del contrato. Es importante destacar, con Mazeaud-Tunc, que se trata de establecer el comportamiento posible del tipo ideal situado en las mismas circunstancias *externas* que el deudor y no en idénticas circunstancias *internas*, porque al tipo ideal se lo supone óptimo. (32)

El derecho no señala con exactitud las características del tipo ideal. Por consiguiente, la apreciación de la diligencia y cuidado queda librada prácticamente al buen criterio del juez.

21) Debemos considerar ahora si la ausencia de culpa equivale a fuerza mayor o caso fortuito. La ley dice que fuerza mayor o caso fortuito "es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionamiento público, etc.". (Ley 95/90, artículo 1º).

Si la imprevisión y la irresistibilidad del suceso se toman en un sentido absoluto, la respuesta tiene que ser negativa. La ausencia de culpa y la fuerza mayor o el caso fortuito (expresiones cuyo contenido es idéntico, a la luz de la definición legal) vienen a ser dos fenómenos liberatorios distintos. Así parece desprenderse del texto del artículo 1604 C. C., pues el deudor sólo responde de su culpa y no responde del caso fortuito.

Sin duda, si se dice que el caso fortuito es el acaecimiento que *nadie* habría podido prever ni resistir, ni siquiera la persona más diligente y cuidadosa, dotada de la inteligencia, la imaginación, los conocimientos y los medios óptimos para prever y resistir los obstáculos que pudieran presentarse en la ejecución de sus obligaciones, no cabe equiparar los dos fenómenos liberatorios. La ausencia de culpa es el empleo de la diligencia y cuidado a que el deudor se obliga de acuerdo con la índole del contrato. Ya vimos que su conducta se aprecia frente a modelos distintos. En unos casos se le exige una diligencia o cuidado mínimos. En otros, debe obrar con

(32) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I., Vol. II, ps. 85 y 385).

la diligencia y cuidado ordinarios. En fin, hay casos extremos en que está obligado a actuar de la manera más diligente y cuidadosa que le sea posible. Solamente en los casos en que el deudor responde hasta de la culpa levisima, la ausencia de culpa puede confundirse con la fuerza mayor y el caso fortuito. En las hipótesis restantes queda una zona intermedia que constituye ausencia de culpa pero no fuerza mayor o caso fortuito.

Algunos autores, como Valencia Zea, pretenden llevar la diligencia y cuidado exigibles al deudor hasta los límites del caso fortuito concebido en forma absoluta. Dice así el mencionado expositor: "En todo caso, en lo que se relaciona con el Código Civil y con las legislaciones modernas la culpa del deudor se relaciona automáticamente por el simple hecho de no cumplir su obligación. En efecto, conforme al segundo párrafo del artículo 1604 "el deudor no es responsable del caso fortuito" (o fuerza mayor): y según el párrafo 3º del mismo artículo, la prueba del caso fortuito o fuerza mayor incumbe "al que lo alega". En forma bien clara agrega el primer párrafo del artículo 1733: "El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega". Resulta, pues, que el deudor no es responsable del incumplimiento cuando se debe a una imposibilidad absoluta, vale decir, a fuerza mayor o caso fortuito; pero en todos los demás casos responde del incumplimiento". (33)

Esta doctrina choca abiertamente con el artículo 1604 C. C., según el cual el deudor sólo responde de su culpa, y con el artículo 63 C. C. que señala lo que debe entenderse por culpa.

Si se insiste en el carácter absoluto de la fuerza mayor o del caso fortuito, no queda más remedio que considerar que hay dos formas de liberación de la responsabilidad del deudor: la ausencia de culpa (es decir, el haber empleado la diligencia y cuidado exigibles) y la fuerza mayor y el caso fortuito.

Sin embargo, es discutible que la fuerza mayor y el caso fortuito sean nociones de carácter absoluto. Consideremos, en efecto, las expresiones que emplea la ley. ¿Qué es lo imprevisto? ¿Será aquello que efectivamente no se previó? ¿Será, más bien, lo absolutamente imprevisible? ¿O, lo que no pudo preverse no obstante el empleo de la diligencia y cuidado a que estaba obligado el deudor? De otra parte, ¿qué es aquello a que no es posible resistir? ¿Será lo que efectivamente no pudo superar el deudor? ¿Será lo que aún el deudor mejor armado no habría podido resistir? ¿O, en fin, lo que no pudo

(33) (Valencia Zea, op. cit., p. 337).

superar el deudor a pesar de haberse comportado del modo diligente y cuidadoso que le imponía el contrato?

Es claro que el caso fortuito no se configura porque el deudor no pudo efectivamente prever ni resistir el acontecimiento. Ello equivaldría a premiar al deudor torpe, descuidado, de inteligencia, imaginación y voluntad escasas. Situado en las mismas circunstancias externas, otro deudor mejor dotado que hubiera previsto el hecho sin poderlo resistir, no podría alegar en su favor el caso fortuito. Por otra parte, perdería todo sentido el exigir del deudor la diligencia y cuidado de un tipo ideal, es decir, la previsión y la fortaleza de dicho tipo. La exigencia quedaría reducida a lo siguiente: el deudor debe tener la capacidad de previsión y de resistencia que efectivamente tenga.

Esta posición es, sin duda, insostenible. Pero ello no implica la validez de la opinión contraria, según la cual es imprevisto e irresistible, a efectos del caso fortuito, todo acontecimiento que *nadie* hubiera podido prever ni resistir. En efecto, ¿cuál es ese acontecimiento? Si se adopta el principio de causalidad en el sentido que le da la metafísica tradicional, no hay en realidad nada imprevisto. Los acontecimientos que nos parecen fortuitos lo son por el desconocimiento de las causas que se han conjugado para realizarlos. Una inteligencia que pudiera conocer la totalidad de las causas que operan en el Universo estaría en capacidad de preverlo todo. Ciertamente, ningún hombre goza de un poder mental semejante. Pero la creciente adquisición de conocimientos por el hombre moderno impide saber cual es realmente el límite actual de lo humanamente previsible. No podemos conocer hasta qué punto se ha ensanchado la inteligencia humana. Lo que puede parecer fortuito para el hombre común, es susceptible de caer dentro de las previsiones del científico. Por ejemplo, el hombre ordinario, con base en sus experiencias y en su ilustración, está en capacidad de prever la crudeza del invierno en determinadas épocas del año; pero una nevada en zona tropical será para él un fenómeno enteramente fortuito. En cambio, un meteorólogo, provisto de los conocimientos y de los recursos técnicos más adelantados, quizás pueda estar en capacidad de preverla fácilmente.

Como se ve, de tomarse la imprevisibilidad del acontecimiento en un sentido absoluto, el juez tendría que poseer los más avanzados conocimientos y recursos de la ciencia y de la técnica para poder decidir en el caso concreto si el acontecimiento alegado por el deudor era o no imprevisto. Se trataría de una exigencia imposible de cumplir, porque nadie puede saber hasta donde han llegado los adelan-

tos científicos. Es más acorde con la realidad pensar que la previsibilidad del deudor debe ser la de un hombre diligente y cuidadoso.

En cuanto a la exigencia de que el acontecimiento no sea resistible, podemos formular consideraciones similares. ¿Cuál es la medida de la resistibilidad del hombre ante los obstáculos que se le oponen? ¿Cuáles son los eventos que actualmente ningún hombre está en capacidad de superar? Salta a la vista la dificultad de señalar un límite preciso en esta materia. Además, ello es innecesario. El derecho tampoco exige que el deudor esté armado de todos los recursos técnicos ideados hasta el momento para hacer frente a los acontecimientos que puedan estorbar a sus propósitos. Solamente le exige, en principio, una fortaleza media. En ocasiones, pide que sea más resistente que el común de los hombres; en otras, reduce sus exigencias a un mínimo.

Tomados en un sentido absoluto, los caracteres de la fuerza mayor y del caso fortuito pierden toda significación. Para que estos fenómenos liberatorios tengan algún sentido, es necesario armonizar la noción legal con las disposiciones relativas a la culpa. De esa manera, podemos decir que la previsión y la fortaleza del deudor deben ser, en principio, las de un buen padre de familia. A veces deben ser superiores; en otras, inferiores. Es forzoso concluir, diciendo con Mazeaud-Tunc, que la fuerza mayor "es una noción variable y relativa: el obstáculo que el deudor no tenía que franquear". (34)

Podemos concluir, de lo dicho, que la culpa y el caso fortuito (o fuerza mayor) son dos nociones complementarias. En otras palabras, que la ausencia de culpa y el caso fortuito son fenómenos equiparables: el caso fortuito es el suceso que el deudor no está obligado a prever ni a superar porque excede a la diligencia y cuidado que legalmente debe observar. O, como dicen Mazeaud-Tunc, "la fuerza mayor debe aparecer en el límite superior de la obligación". (35)

Entonces, al deudor se le abren dos vías para escaparse de la responsabilidad que normalmente debe seguir al incumplimiento. Puede probar que obró con la diligencia y cuidado a que estaba obligado; o bien, puede acreditar la fuerza mayor o el caso fortuito. Ahora bien, en la práctica estas dos cuestiones suelen confundirse. Frecuentemente el deudor tendrá que acreditar que, pese a sus esfuerzos, un acaecimiento fortuito le impidió cumplir lo prometido. Con todo, no nos atrevemos a sentar el principio general de que solamente la prueba del caso fortuito permite decir que el deudor obró sin culpa, esto es, con la diligencia y el cuidado que de él se esperaban.

(34) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I., V, II, p. 360).

(35) (ib.).

“EL ILICITO EXTRA CONTRACTUAL”

1) Las lesiones particulares producidas por la actividad administrativa no surgen solamente de la violación del principio de legalidad o de la infracción de deberes contractuales. En muchas ocasiones la actividad administrativa acarrea daños imputables a otra clase de violaciones, denominadas por la doctrina con el nombre de ilícitos extracontractuales. Por ejemplo, aún obrando dentro del principio de legalidad, la Administración puede perjudicar a personas que no están vinculadas a ella por relaciones obligatorias, como cuando, en casos autorizados por las normas superiores y siguiendo el procedimiento indicado, la autoridad competente hace un uso imprudente del poder de policía y lesiona a un particular en su persona o en sus bienes.

Salta a la vista la impropiedad de la denominación empleada, pues no todos los daños ocasionados por fuera del contrato se ciñen a un mismo régimen. Las violaciones del principio de legalidad siguen un régimen especial, si bien nacen por fuera del contrato. Con todo, seguiremos utilizando la expresión ya consagrada por el uso.

El régimen de responsabilidad administrativa que vamos a estudiar en este capítulo es de aplicación subsidiaria. Esto significa que solamente puede aplicarse cuando el caso en cuestión no encaje dentro de las hipótesis de violación del principio de legalidad o de deberes contractuales. Desde otro punto de vista, en este régimen se halla contenido el “derecho común de la responsabilidad”, pues todo caso que no quede comprendido dentro de los regímenes estudiados en los capítulos anteriores, debe ser analizado conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

2) La responsabilidad extracontractual administrativa, al igual que la contractual, se rige fundamentalmente por las disposiciones del Código Civil. Es cierto que todas las causas de responsabilidad directa de la Administración deben ventilarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al tenor de los artículos 20, 30 y 32 del D. 528/64, pero dichas normas no reglamentan el fondo de dicha responsabilidad, como tampoco lo hace el art. 68 del C. C. A. Los preceptos citados apenas aluden a las indemnizaciones exigibles cuando

“la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa” (art. 68 C. C. A.) o en términos más generales, a la responsabilidad por “actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho” de la Administración (arts. 30 y 32 D. 528/64) sin determinar propiamente el ilícito de que surge la responsabilidad en cuestión. El Capítulo VII del C. C. A. tampoco estudia en sus restantes normas el detalle de la responsabilidad extracontractual. Sus afanes se dirigen a la reglamentación de la violación del principio de legalidad, pero, según el criterio de la Comisión Redactora, ciertos daños extracontractuales deberían quedar sometidos al derecho civil (Vid., Supra, Cap. I, nota 8ª).

Ahora bien, es menester averiguar cual es el precepto civil que regula la responsabilidad directa de la Administración en materia extracontractual. La doctrina tradicional sostiene que el principio general en este asunto se halla consagrado en el art. 2341 C. C. Nosotros nos apartamos del criterio indicado. Dicha norma, en efecto, resuelve el problema planteado por las infracciones penales que al mismo tiempo ocasionan lesiones patrimoniales. Podría pensarse que tales hechos, por generar responsabilidad penal, deberían quedar libres de los efectos civiles de los restantes eventos dañosos. Pues bien, el art. 2341 despeja toda duda sobre el particular: no importa que el acto tenga sanciones penales, si ocasiona, además, lesiones patrimoniales, genera también responsabilidad patrimonial o civil. Las expresiones utilizadas en la redacción del artículo así lo indican. Alguna duda podría quedar sobre el sentido de la norma, pero ello se explica por la deficiente terminología empleada. El antiguo derecho penal no sabía establecer con claridad el carácter delictuoso de las “culpas”, aunque admitía su castigo. De ahí que hablara de los “delitos” y las culpas, como de dos entidades diversas. Algunos autores han pretendido que los delitos son los hechos prohibidos por la ley penal y las culpas, los sancionados por la ley civil, pero esa interpretación es errónea. Los delitos son los actos dolosos; las culpas son los culposos. Ambas clases de actos caben dentro de la noción más precisa del moderno derecho penal, que habla simplemente de delitos imputables a dolo y de delitos imputables a culpa.

Como las personas jurídicas no son sujetos imputables en materia penal, el art. 2341 C. C. nada tiene que ver con ellas. El fundamento de su responsabilidad hay que buscarlo, más bien, en el art. 2356 C. C. (1)

(1) (Cfr. Tobón Arbeláez, Diego. “Principios Fundamentales de Derecho Administrativo”, Tip. Industrial, Medellín, 1939, p. 295).

El art. 2356 C. C., en efecto, dice que “*por regla general* (la su-
braya es nuestra) todo daño que pueda imputarse a malicia o negli-
gencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente
obligados a esta reparación:

- 1) El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
- 2) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las des-
cubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no
caigan los que por allí transitan de día o de noche;
- 3) El que obligado a la construcción o reparación de un acueduc-
to o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar
daño a los que transitan por el camino”.

Se advierte que el art. 2356 no constituye una mera repetición
del art. 2341 del Código Civil. Aquél establece una regla general; éste
proclama la compatibilidad de las sanciones penales y las civiles con
relación a los mismos hechos. El art. 2341 no sienta el principio ge-
neral de la responsabilidad civil ni el art. 2356 establece una regla
excepcional de responsabilidad sin culpa o “por actividades peligr-
osas”, como lo ha sostenido la Corte a través de un razonamiento frau-
dulento del que nos ocuparemos más adelante. (2)

3) Según el texto del art. 2356, solamente los daños que pue-
dan imputarse a malicia o negligencia de una persona deben ser re-
parados por ésta. No cabe discusión alguna acerca de que el funda-
mento de la responsabilidad extra-contractual en nuestro derecho deba
buscarse en la “culpa” y en el daño producido por ella.

Sin embargo, parte de la doctrina nacional, encabezada por la
misma Corte, considera que además del principio de la culpa, existe
otro fundamento que cubre un ámbito apreciable de la responsabili-
dad civil: el de las actividades peligrosas. Dicho principio es, con
algunos matices, el postulado por la teoría del riesgo. A veces no se
niega rotundamente el principio de la culpa, pero se dice que las ac-
tividades peligrosas deben someterse a un régimen especial que en el
fondo es el del riesgo.

Así, la Corte ha dicho, a partir de 1938, que “el art. 2341 del
C. C. autoriza la indemnización cuando la víctima prueba la culpa
o el dolo del autor del año; el 2356 le releva de esta obligación arro-
jando la prueba de irresponsabilidad sobre la persona que ejercita

(2) (Vid., Tobón Arbeláez, op. cit., p. 295 y ss.).

actividades reputadas peligrosas. La culpabilidad se presume en aque-
llos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural
permite atribuir a culpa o dolo de otro o de aquellos hechos que,
por su propia naturaleza, o por las circunstancias en que se realiza-
ron, sean susceptibles de imputarse a culpa de terceros. La presun-
ción del art. 2356 no es aplicable a los casos en que la propia víctima
sea el agente de actividad peligrosa, como empleado o dependiente
de la Empresa.

“La doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casa-
ción Civil y de Negocios Generales, es la de que la presunción de
culpa, que se encuentra consagrada en el art. 2356, opera en favor
de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas ca-
racterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la
existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima,
quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y
el perjuicio, vierte sobre el autor de aquel la obligación de acreditar
una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda respon-
sabilidad”. (3)

En esta materia, como en la contractual, suelen mezclarse dos
problemas distintos: el sustantivo y el probatorio. Examinaremos en
seguida el primero. El asunto de la prueba lo estudiaremos posterior-
mente. Por ahora no nos interesa saber si el art. 2356 establece
una presunción de culpa sino averiguar si proclama un principio
general sobre actividades peligrosas.

No nos cabe duda de que la respuesta tiene que ser negativa. La
norma citada se refiere a toda clase de actividades maliciosas, ne-
gligentes o imprudentes. Examinados sin prejuicios ideológicos, los
ejemplos que trae el artículo dejan ver que su órbita no es la de las
actividades peligrosas. Mírese el primero de ellos: disparar un arma
es peligroso, pero el texto reprocha ese acto si se ejecuta *impruden-
tamente*, no por el mero hecho de realizarlo. Los dos ejemplos seña-
lan conductas negligentes, dignas de sanción por ello, más no por
el peligro que encierran.

Así, aunque el art. 2356 contuviera un principio distinto del
consignado en el art. 2341, no podría afirmarse que dicho principio
es justamente el de la responsabilidad especial por actividades pe-
ligrosas.

(3) (Vid., Ortega Torres, Jorge, “Código Civil”, Temis, Bogotá, 1957, p. 983 y ss.).

Lo que hay en el fondo de la tesis de la Corte es la aplicación de un método de interpretación no fundado en el derecho positivo. En efecto, se pretende que el principio del art. 2356 es obsoleto: era válido para la época de la expedición del Código, pero no se ajusta a las exigencias de la vida moderna en la que se han multiplicado ad infinitum las posibilidades nocivas. Por consiguiente, el fallador debe interpretar la norma según las necesidades del momento histórico que le toca vivir, modificando su sentido, su alcance y sus efectos, si ello es necesario. Pero se olvida que dicho ajuste debe ser realizado por el legislador, no por el intérprete. Si el legislador no ha considerado hasta el momento que las actividades peligrosas merecen ser reglamentadas especialmente, el intérprete no puede adelantársele, excediendo con ello su función.

4) Valencia Zea, después de estudiar la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia, advierte que su valor no debe medirse "como una simple interpretación extensiva mediante el procedimiento de la analogía, ya que poca semejanza existe entre remover las losas de una acequia o no construir o reparar un acueducto, y conducir un automóvil, un ferrocarril, un barco, una nave aérea, etc.; sino más bien como una verdadera investigación científica de nuevas soluciones que era necesario dar a un sinnúmero de problemas creados por una nueva civilización de máquinas y energías. Toda la jurisprudencia mencionada encuentra un punto de apoyo más directo y lógico en el art. 8º de la ley 153 de 1887 que en el art. 2356. Como lo ha dicho la Corte Suprema, cuando se redactó el Código no se previeron daños causados por máquinas o energía, que no existían en aquel entonces; fueron en verdad casos nuevos para los cuales no existía solución en el Código. El citado art. 8º de la ley 153 de 1887 autoriza al juez para aplicar "las reglas generales de derecho" cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido.

"Ahora bien, es principio o regla general de derecho que todo daño causado a otro debe repararse. Como el Código hace algunas aplicaciones de tal principio ordenando la reparación de los daños debidos al hecho propio, al hecho ajeno, al hecho de los animales, a la ruina de un edificio y a cosas que caen o se arrojan de la parte superior de un edificio, la Corte Suprema no ha hecho otra cosa que extender la aplicación de la mencionada regla general o los daños causados por medio de actividades peligrosas, empleando al respecto un criterio diferente al existente para la reparación de los daños debidos al hecho propio y al hecho ajeno". (4)

(4) (Valencia Zea, op. cit., p. 257).

Este razonamiento es inadmisibles. De una parte, es dudoso que exista un auténtico vacío legislativo en relación con las llamadas actividades peligrosas. Pero, en fin, aunque lo hubiera, el principio general postulado por nuestro derecho es el de que "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta" y no el de que "todo daño causado a otro debe repararse", como piensa Valencia Zea. Así, el principio a que hay que acudir para resolver los problemas no contemplados expresamente por la ley es el de la culpa, no el del riesgo. Además, este último, proclamado como principio de justicia independiente de la legislación positiva, es bastante discutible, como lo hacen ver con abundantes razones, Mazeaud-Tunc. (5)

Nuestro derecho, sin embargo, hace algunas concesiones a la teoría del riesgo. Ya destacamos la principal de ellas: la responsabilidad indirecta sólo puede explicarse satisfactoriamente por la idea de garantía. Además, los daños ocasionados por trabajos públicos (Cap. XXII, C. C. A) y los causados por animales fieros de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio (art. 2454 C. C.), deben ser reparados por fuera de la idea de culpa. Pero estas aplicaciones de la teoría del riesgo son excepcionales. No pueden tener fuerza para proclamar que son manifestaciones de un principio general.

5) En principio, el acto generador de responsabilidad extra-contractual debe ser *malicioso, negligente o imprudente*. Se trata, por lo tanto, de un acto ilícito, esto es, contrario a un deber jurídico. En qué consiste dicho deber? En primer lugar, es un deber general, frente a todo el mundo. Toda persona está obligada a no ser maliciosa, negligente o imprudente, no con relación a determinados sujetos, sino frente al prójimo en general. Este deber no hace parte de la relación obligatoria que se traba entre sujetos determinados. En segundo lugar, es un deber indeterminado. No puede hacerse un catálogo previo de los comportamientos maliciosos, negligentes o imprudentes. El contenido del deber lo determinan las circunstancias en que se desenvuelve la actividad.

René Chapus destaca esta peculiaridad y la denomina como "relatividad de la obligación". Dice así el mencionado autor: "afirmar la preexistencia (necesaria) de la obligación, no significa ni implica que la obligación sea o deba ser reconocible e identificable de algún

(5) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I., V. II, ps. 1a. y ss.).

modo, *apriori*, es decir, antes de su violación. Es necesario esperar que se reúnan las circunstancias de hecho que han rodeado el acontecimiento para saber si un deber se imponía a la persona cuestionada; en este sentido, se podría decir, sin paradoja, que es su violación lo que revela la existencia del deber, o mejor, la preexistencia. Así sucede, incluso, en las obligaciones legales mejor definidas, las más incontrovertibles, por ejemplo, la obligación de un conductor de circular por su derecha; hay que esperar la realización del accidente para saber si dicha obligación se le imponía al momento del accidente, es decir, si ella existía bien especificada: es así como, si la parte derecha de la calle estaba sembrada de escombros depositados por la oficina de "puentes y calles", o paralizada por trabajos públicos, o era simplemente inutilizable por su mal estado, el conductor podría legítimamente circular por la izquierda: la obligación general de circular por la derecha no existía para él. Así, según las circunstancias, la obligación existirá o no, es decir, según los elementos de hecho imprevisibles, y es al juez, a propósito de cada caso llevado ante él, a quien corresponde decidir si el individuo cuya conducta se pone en causa ha faltado, verdaderamente a una obligación que pesaba sobre él y que no observó". (6)

La afirmación de que en determinadas circunstancias se ha faltado a la buena fe, a la diligencia o a la prudencia, no surge de la comparación del hecho con la conducta ordenada de modo específico, por una norma preexistente. Dicha afirmación sólo puede hacerse mediante la comparación del comportamiento del autor del daño con el que habría observado un tipo ideal honrado, diligente y prudente en las mismas circunstancias externas de aquél (circunstancia de tiempo, de modo y de lugar).

La determinación de la culpa extracontractual es más sencilla que la de la contractual. En efecto, en materia extracontractual no es menester indagar por la conducta posible de tres tipos ideales. Aquí el tipo de comparación es único: el hombre medianamente honrado, diligente y prudente, es decir, el buen padre de familia. Algunos intérpretes opinan que en este campo se responde hasta de la culpa levísima, es decir, que en la vida de relación todos debemos comportarnos como excelentes padres de familia. Esta doctrina, fundada en algún texto romano ("In lege aquilia et levissima culpa venit"),

(6) (Chapus, René, "Responsabilité Publique et Responsabilité Privée", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957, p. 355).

no parece tener asidero en nuestro derecho. Según el art. 63 C.C., "culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve". Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano, de un buen padre de familia'

El ilícito extracontractual puede ser entonces definido con Mazeaud-Tunc, como "un error de conducta tal, que no habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño". (7)

6) Cómo aplicar estas nociones a las personas jurídicas, particularmente a las públicas? En el capítulo II mostramos que las personas jurídicas de toda índole pueden incurrir directamente en ilicitud por los actos de sus representantes y servidores que violen deberes de aquéllas. Lo que interesa aquí es determinar si las personas jurídicas también están sometidas al deber general de diligencia y cuidado, es decir, si deben desarrollar sus actividades como "un buen padre de familia".

La afirmación de la capacidad de las personas jurídicas para incurrir en culpa sería insostenible si para el derecho patrimonial la culpa fuera una categoría psicológica como lo es en el derecho penal. En éste, para proclamar el dolo o la culpa en el agente del delito es necesario sondear su conciencia. Utilizando la terminología de Mazeaud-Tunc, diremos que en el derecho penal la culpa se aprecia "*in concreto*". Es un fenómeno psíquico, íntimo e intrasferible. Pero la culpa en el derecho patrimonial no se aprecia *in concreto* sino *in abstracto*. Se compara la conducta del agente con la de un tipo ideal, abstracto, que se encontrara en las mismas circunstancias externas de aquél. Pero las circunstancias internas del agente carecen de influencia en la determinación de su culpabilidad. Sus hábitos, su temperamento, su estado anímico, su capacidad efectiva de prever las consecuencias de sus actos, o de impedirlos, no pueden ser tenidos en cuenta. Al tipo ideal, como dijimos atrás, se lo supone óptimo en relación con estas circunstancias. Además, si se consideraran esos factores de orden interno, habría que renunciar al tipo de comparación ideal y enfrentar al agente consigo mismo. (8)

Si la culpa civil resulta de la comparación de una conducta con la que habría observado un tipo ideal, no resulta descabellado elaborar un tipo ideal de empresa o de institución, para hablar con términos más

(7) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I. V. II, p. 85).

(8) (Cfr. Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I. V. II, p. 82 y ss.).

comprensivos, y comparar la organización y el funcionamiento de las instituciones concretas (individuales o colectivas) con dicho tipo. Ello significa que toda actividad debe, en lo posible, ajustarse a un tipo ideal. Si se aparta de él, se viola un deber jurídico, es decir, se incurre en culpa.

Hay, en efecto, daños imputables a la mala organización o al deficiente funcionamiento de las instituciones. Los empresarios, individuales o colectivos, deben repararlos, porque ellos están obligados a organizar la estructura y el funcionamiento de sus empresas de manera similar a como lo haría un buen padre de familia, esto es, en forma diligente y cuidadosa. Esa obligación debe ser cumplida por el empresario individual o por los representantes de las personas jurídicas, según el caso.

7) Llegamos con esto a la noción de *falta del servicio*, ideada por la jurisprudencia francesa para designar la culpa que da lugar a la responsabilidad directa de la Administración, pero que es, en realidad, aplicable también a la responsabilidad de las personas privadas. Sin duda este principio ha gozado de la mayor importancia dentro del derecho administrativo hasta el punto de que se ha llegado a sostener que sobre él se levanta el sistema autónomo de responsabilidad administrativa. Con todo, puede observarse que su fundamento en la noción de institución lo hace útil en todas las ramas del derecho.

Bonnard, citado por Sarria (9), expone de la siguiente manera la regla forjada por la jurisprudencia francesa para determinar la falla del servicio: "Se ha deducido que la responsabilidad del patrimonio público surge cuando el daño resulta de una mala organización o de un funcionamiento defectuoso del servicio, y esto, sin que sea necesario que en esa mala organización o defectuoso funcionamiento haya culpa de parte de un agente administrativo. *Esto es lo que constituye la llamada culpa del servicio público*, así denominada para indicar que no hay culpa individualizada de un agente administrativo, sino solamente una irregularidad de origen anónimo y de aspecto objetivo en la organización y en el funcionamiento del servicio" (las subrayas son textuales).

En realidad, el hecho generador del perjuicio no tiene que ser anónimo. Lo importante es que sus consecuencias nocivas deriven de

(9) (Sarria, Eustorgio, "Derecho Administrativo", Temis, Bogotá, p. 313).

la mala organización o del funcionamiento defectuoso del servicio, aunque su autor sea perfectamente localizable. Se quiere destacar con esto que no interesa determinar quien fue exactamente el autor del hecho, siempre que éste proceda de la actividad administrativa y se explique por una falla del servicio.

La noción de falla del servicio se toma usualmente en un sentido amplio, que domina varias zonas de la responsabilidad extracontractual. Por consiguiente, no consideramos que sean constitutivos de fallas del servicio los actos dolosos ni los ilegales. En efecto, los primeros, que son los imputables a "malicia" del agente público, es decir, a la "intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro", caen dentro del vicio de desviación de poder, pues la Administración no puede, en ningún caso, orientar sus actividades por esa clase de motivaciones. La responsabilidad por dichos actos, así como lo que surge de los segundos, se rige por los principios que estudiamos en el capítulo III. No se trata estrictamente de una responsabilidad extracontractual.

Generalmente los actos dolosos constituyen al mismo tiempo delitos penales. Esto no significa que la Administración responda por violaciones a la ley penal. Dichos actos son violadores del principio de legalidad y en este sentido son imputables a la Administración pero simultáneamente infringen deberes de los agentes públicos frente a la entidad administrativa y por ello son castigados por la ley penal. Esta, en efecto, los califica como "delitos contra la Administración Pública", que comprometen la responsabilidad penal del agente y, eventualmente, su responsabilidad civil.

8) La doctrina ha sistematizado las diversas hipótesis de fallas del servicio. Pérez Vives, por ejemplo, expone, entre otros, los siguientes casos de fallas del servicio: a) Por la falta de un servicio público que debía existir; b) Por la mala organización o defectuoso funcionamiento de un servicio público; c) Por la negativa a prestar un servicio público a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en las mismas condiciones que se presta a otro u otros; d) Por la negligencia o tardía prestación de ese servicio público. (10)

La responsabilidad administrativa en todo caso, puede surgir por acción o por omisión. Lo primero supone un comportamiento administrativo imprudente. Puede tratarse de una actuación entera-

(10) (Cfr. Pérez, Vives, op. cit., Vol. II, ps. 381-2).

mente ceñida a la legalidad, pero realizada sin las debidas precauciones. Por ejemplo, una decisión legal, expedida por funcionario competente, ajustada a las normas de procedimientos indicadas y con el lleno de las formalidades requeridas para su validez, con miras a la satisfacción del interés general, pero tomada apresuradamente, sin estudiar con cuidado sus efectos o su modo de operación. Otro caso sería el de una operación administrativa ejecutada en virtud de un acto impecable, pero realizada con torpeza.

La responsabilidad por omisión se presenta generalmente cuando la Administración está sujeta al deber legal de obrar. Pero también puede ocurrir que la diligencia aconseje obrar y, sin embargo, la Administración se abstenga de hacerlo, aunque no medie un deber preciso en tal sentido. Esto significa que la discrecionalidad administrativa no puede servir para amparar la incuria de la Administración.

La doctrina dominante sostiene que es un deber primordial de la Administración la prestación de los servicios públicos. Esta afirmación, elevada prácticamente a la categoría de dogma del derecho administrativo, es bastante discutible en los términos en que se suele formularla. La Administración debe prestar los servicios públicos creados y organizados por las normas superiores para los cuales se han provisto los recursos humanos y materiales suficientes. No puede exigírsele que preste un servicio, por necesario que se estime, si el Legislador no lo ha ordenado o no ha creado los empleos requeridos para atenderlo ni ha votado las partidas presupuestales necesarias para prestarlo. Mientras no se den ciertos supuestos legales, no puede sostenerse que la Administración esté en el deber de prestar un determinado servicio. Y su responsabilidad por la no prestación del servicio sólo puede comprometerse en la medida en que goce de las atribuciones y recursos suficientes para atenderlo. Igual sucede si el servicio no funciona con la agilidad deseada debido a que el Legislador no lo ha dotado de los suficientes recursos.

En la doctrina francesa a menudo se aprecia la responsabilidad administrativa con un criterio de gradación de culpas. Así, en algunos servicios la responsabilidad sólo surge de fallas graves, mientras que en otros, basta la culpa leve para comprometerla. Estas distinciones son ajenas a nuestro derecho, pues, como lo vimos atrás, en la responsabilidad extracontractual no se aplica el principio de la gradación de las culpas. Su fundamento radica sólo en la culpa leve, salvo en los casos que se admite el principio del riesgo.

9) Para ser breves, dejaremos a un lado el estudio de algunas hipótesis particulares de responsabilidad por culpa de que tratan los arts. 2351, 2353 y 2355 del C. C., relativos a los casos de daños causados por la ruina de un edificio, o por animales mansos o domésticos, o por las cosas que caen o se arrojan de un edificio. Diremos simplemente que esta responsabilidad "por el hecho de las cosas" no tiene el mismo sentido que la responsabilidad que se conoce por el mismo nombre en la doctrina francesa y que ha pretendido ser estudiada por algunos autores nacionales a través de algunos artículos del Código Francés.

10) Estudiaremos en seguida el problema de la prueba de la culpa extracontractual. Sobre el particular podemos destacar tres posiciones. La primera sostiene que la víctima debe acreditar la culpa del autor del daño para obtener las indemnizaciones exigidas. La segunda opina que el art. 2356 establece una presunción de culpa para el caso de que el daño sea causado por una actividad peligrosa. La tercera afirma que en materia extracontractual es aplicable el principio proclamado por el art. 1604 C. C., en el sentido de que la "prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo" y "la prueba del caso fortuito al que lo alega".

La posición primeramente expuesta es la tradicional, que se ampara en el art. 1757 C. C. Según este artículo, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Ahora bien, en la responsabilidad extracontractual el demandante alega que el demandado está en la obligación de reparar un daño que le ha causado a aquel por un acto ilícito (delito o cuasidelito). Debe, en consecuencia, probar la existencia de la obligación y el medio eficaz para ello es la prueba de su fuente, es decir, la prueba del delito o el cuasidelito.

La doctrina moderna ha reaccionado contra este criterio. Se considera que en muchas ocasiones la prueba de la culpa es prácticamente imposible. Por ejemplo, el perjudicado por un accidente de aviación difícilmente podrá acreditar que el daño se produjo por fallas en el mantenimiento del avión o por errores inexcusables del piloto. Ello ha conducido a forjar presunciones de culpa en ciertos casos, como los de actividades peligrosas. Ya vimos que la Corte pretende que el art. 2356 alude a dichas actividades. Nosotros rechazamos esa teoría. Pero queda por ver si el artículo citado realmente establece una presunción de culpa, ya no en materia de actividades

peligrosas sino en relación con toda clase de daños. La respuesta aquí también es negativa. El art. 2356 no establece ningún principio de carácter probatorio. Exige que el daño haya sido causado por malicia o negligencia de su autor, pero no dice a quien le corresponde probar la culpa. Como lo expresa Diego Tobón Arbeláez, el texto no dice que en caso de duda se impute la responsabilidad a una persona sino que condiciona la responsabilidad a que sea posible imputar el daño a malicia o negligencia suyas. Ahora bien, es necesario probar la condición sobre la que se alza la responsabilidad para poder afirmar esta última (11).

La última de las teorías indicadas, es decir, la que sostiene que el art. 1604 C. C. es aplicable por analogía a la responsabilidad extracontractual, tiene un fundamento más sólido. Nosotros nos inclinamos a aceptarla porque no vemos razones de peso para que en materia contractual se presuma la culpa y en materia extracontractual se presuma la culpa y en materia extracontractual sea necesario probarla. En efecto, la razón de la regla en cuestión en el ámbito contractual se explica por la aptitud para producir la prueba. Le resulta más fácil al deudor probar que ha obrado con diligencia y cuidado y que un caso fortuito le ha obstaculizado el cumplimiento de la obligación, que al acreedor probar lo contrario, es decir, que el deudor ha obrado culposamente. La prueba del perjuicio y de su imputabilidad al deudor cae bajo el dominio del acreedor, esto es, son hechos que el acreedor puede normalmente apreciar con algún esfuerzo. Pero el detalle del comportamiento del deudor es algo que, en cierto sentido, es ajeno al acreedor. Los hechos del deudor sólo viene a advertirlos al consolidarse el incumplimiento y sus efectos nocivos. Diremos, pues, que la existencia de la obligación, su incumplimiento y el perjuicio son hechos que caen bajo la esfera probatoria del acreedor, mientras que la culpa o su ausencia son fenómenos que caen bajo la esfera probatoria del deudor. Esta es la explicación del fundamento de la regla del art. 1604 C. C. que ofrecen, al menos para las obligaciones determinadas Mazeaud--Tunc. Nosotros creemos que es válido para toda clase de obligaciones, pues atrás rechazamos la clasificación indicada. (12)

Ahora bien, si esta explicación es válida en materia contractual, lo es aún en mayor grado en la extracontractual. En la primera es

(11) (Cfr. Tobón Arbeláez, op. cit., p. 327).

(12) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. I, V. II., p. 398 y ss.).

natural que el acreedor observe hasta cierto punto el comportamiento del deudor, pues tiene interés en ello. En cambio, los daños extracontractuales suelen ser imprevistos para la víctima. Es imposible observar el comportamiento de todos aquellos que puedan perjudicarnos. Y producido el daño, investigar la culpa que pudo originarlo es tarea a veces imposible pues se trata de reunir elementos que a menudo escapan al alcance de personas ajenas al autor del daño. Este, por el contrario, debe conocer su conducta y puede dar fe de ella.

Se advierte, por consiguiente, que la justificación de la regla no radica en el hecho de que el sujeto activo del deber y el contenido de éste sean determinados, es decir, que no se trata de un principio que por naturaleza sólo sea aplicable a la relación obligatoria sino que también puede aplicarse a deberes distintos de la obligación.

Podría objetarse que la ubicación del art. 1604 dentro de los efectos de las obligaciones indica claramente la intención del legislador de restringir su contenido al ámbito contractual, pues en el extracontractual no existe un principio similar. Creemos que esta objeción no es decisiva. El Código, en realidad, no contiene una reglamentación completa y detallada de los deberes generales. Su preocupación fundamental se dirige hacia la elaboración de la teoría de las obligaciones. Pero si se admite la existencia de los deberes de sujeto activo y contenido indeterminados, es necesario construir su teoría, sobre las bases indicadas en el Código, vale decir, sobre los principios de las obligaciones que no sean incompatibles con los deberes generales. Algo similar sucede con la teoría general del acto jurídico. Los redactores del Código se ocuparon preferentemente de los contratos es decir, de los actos jurídicos bilaterales. Sin embargo, la doctrina no se ha sentido impedida para elaborar la teoría general del acto jurídico, que incluye a los actos unilaterales, con base en los datos ofrecidos por la teoría de los contratos, en cuanto las reglas de éstos no se justifiquen por la presencia de dos voluntades concordantes en la formación del acto jurídico. Así como no se debe renunciar a la posibilidad de construir una teoría general del acto jurídico aunque el Código sólo reglamenta el contractual, tampoco juzgamos que se deba negar la posibilidad de elaborar una teoría más amplia del deber jurídico sobre los elementos brindados por la teoría positiva de las obligaciones.

Si nuestro razonamiento es exacto, debemos afirmar que también en materia extracontractual, se da una inversión de la carga de la prueba de la culpa. A la víctima le basta probar el daño y su

imputabilidad al demandado. Este, por su parte, debe acreditar que obró con diligencia y cuidado o la fuerza mayor y el caso fortuito. De lo contrario, se presume que obró con culpa.

* 11) El Capítulo XXII del C. C. A. se refiere a las indemnizaciones por trabajos públicos. La responsabilidad por ciertos daños ocasionados por trabajos públicos está sometida a un régimen especial que se aparta de los principios generales sobre responsabilidad por culpa. En efecto, el principio que se aplica en tales casos es el del riesgo. No es necesario analizar el comportamiento administrativo frente a la legalidad o a la obligación general de diligencia y cuidado: el daño viene a calificar su ilicitud.

El Consejo de Estado enseña que “desde la expedición de la ley 167 de 1941, la responsabilidad de la Administración por los perjuicios ocasionados por trabajos públicos surge de la ley independientemente del delito o culpa. De consiguiente, en el contencioso por trabajos públicos el sujeto pasivo del daño no está obligado a comprobar otra circunstancia distinta que la realización del trabajo, ni otros hechos que los perjuicios sufridos como titular del derecho, para que tenga acción contra la entidad responsable”. (13)

Este régimen de excepción se aplica solamente a los comportamientos administrativos que tengan la calidad de “trabajos públicos” y a ciertos daños ocasionados por ellos.

La ley no trae definición alguna de los trabajadores públicos. El Consejo de Estado, siguiendo a la doctrina francesa, dice que “los elementos que caracterizan, según los doctrinantes, a los trabajos públicos son:

“a) Que éstos sean efectuados por cuenta del Estado, ya sea directa o indirectamente, lo que vale decir en nuestro país, por cuenta de la Nación, los Departamentos, los Municipios, y, en general, por entidad oficial.

“b) Que el trabajo tenga una finalidad estrictamente de interés público o social.

“c) Que se realice en inmuebles; y

“d) Que el daño recaiga sobre una propiedad raíz y que entre él y el trabajo público exista una relación de causa a efecto”. (14)

(13) (Anales, T. LXI, No. 382-6, 1955, p. 85).

(14) (Anales, cit., p. 404).

En una decisión de 1950, el Consejo sostuvo que “la calificación de trabajo público debe tener como base que el trabajo sea hecho por la Nación, el Departamento o el Municipio, sin que importe que éstos ejecuten el trabajo por medio de agentes suyos o por medio de particulares controlados o supervigilados por las mismas entidades” y “que el trabajo recaiga sobre la construcción o conservación de un inmueble”. (15)

En la misma sentencia, el Consejo afirmó que “por trabajo público se ha entendido no sólo el hecho consistente en construir una obra sino también el resultado de la operación, o sea, la obra ya construída” (16). Por consiguiente, los daños que se deriven de la caída de un puente, de la ruptura de una presa en funcionamiento, del derrumbe de un edificio, etc., se someten al régimen que estamos analizando.

Esta concepción de los trabajos públicos es criticable por varios aspectos.

En primer lugar, creemos que los trabajos públicos, para merecer esa denominación, deben ser realizados directamente por la Administración, según el criterio que expusimos en el capítulo primero. Los trabajos realizados por contratistas independientes no son imputables directamente a la Administración, a menos que se verifiquen por el sistema de “administración delegada” (vid. arts. 264 C. C. A. y 11 de la ley 36/66).

En segundo término, pensamos que es indebido ampliar la noción de trabajo público a la obra ya construída y en funcionamiento. Por trabajo se entiende una actividad en proceso de realización, no su resultado.

En tercer lugar, no vemos razón alguna para exigir que el trabajo “tenga una finalidad estrictamente de interés público o social”. Todas las actividades estatales deben tener la finalidad de esa índole. De lo contrario se incurrirá en desviación de poder. En otras palabras, todas las actividades o trabajos que realiza el Estado son públicos. La exigencia que se comenta viene del derecho francés que distingue dos sectores en la actividad estatal: el público y el privado. El primero se somete al derecho administrativo; el segundo se rige

(15) (Ortega Torres, Código Contencioso Administrativo, ed. cit., p. 391).

(16) (Ortega Torres, op. cit., loc., cit.).

por el derecho civil. Pero esa distinción no es decisiva en nuestro derecho.

Diremos, entonces, que la noción de trabajo público alude a las labores de construcción, mejoras y conservación de obras sobre inmuebles, realizadas directamente por la Administración Pública.

El daño debe producirse en "una propiedad particular" (art. 263 C. C. A.). Según el criterio de la comisión Redactora del Código, debe tratarse de una propiedad inmueble. El daño puede consistir en una ocupación de hecho. En tal caso, hay que distinguir dos situaciones. Si se trata de una ocupación temporal, la acción debe ventilarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Pero si la ocupación es permanente, la competencia le corresponde a la jurisdicción ordinaria (D. 528/64, art. 6), porque, de acuerdo con una criticadísima decisión de la Corte, la ocupación permanente equivale a una expropiación.

Tascón opina que "el Código no solamente prevé el caso de que el Estado se adueñe de una zona para la construcción de un ferrocarril, de un cuartel, de un puente, de un campo de aviación, etc., o de que ocupe otra aldea para campamento de trabajadores o acumulación de materiales, etc., sino que cause daños por la ejecución de trabajos públicos, verbigracia: demolición o ruina de edificios, destrucción de cercas, privación del beneficio de las aguas o de acceso a las vías públicas, tala de plantaciones agrícolas, extracción de piedra y arena de las canteras y areniscas situadas en los predios contiguos, etc.". (17)

El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en el principio de la "igualdad ante las cargas públicas", acuñado por la jurisprudencia francesa. Así lo dice la Comisión Redactora del Código Contencioso Administrativo: la Administración debe responder de modo especial cuando el daño es producido por un trabajo público pues en tales casos "ejercita poderes especiales que entrañan cargas excepcionales para los particulares". (18)

12) El principio de la igualdad ante las cargas públicas, también denominado como principio del "riesgo administrativo", ha querido ser elevado a norma de carácter general por el Consejo de Estado. En efecto, en el célebre caso de la empresa "El Siglo", S. A., el Con-

(17) (Tascón, Tulio E., "Derecho Administrativo", ed. cit. p. 201).

(18) (Tascón, op. cit., loc. cit.).

sejo sostuvo la tesis de que, en general, "el derecho a actuar no excluye la indemnización". Por consiguiente, aunque la Administración obre regularmente, si ocasiona un daño, está obligada a repararlo.

Charles Rousseau expone el principio del riesgo administrativo en los siguientes términos: "Todo perjuicio anormal, excepcional, que por su naturaleza o importancia excede las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad debe ser considerado como una *violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas y por consiguiente debe ser reparado*" (subraya el autor). (19).

La jurisprudencia colombiana pretende encontrar el fundamento de este principio en los arts. 30 y 32 C. N. El Consejo de Estado considera que nuestro derecho "no quiere que nadie sufra perjuicio, pero si las circunstancias determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el individual o subjetivo, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la norma de dajarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor.

"A propósito del ejemplar principio recién enunciado de la supremacía social frente al derecho particular, existen en Colombia diversas aplicaciones, tanto para el tiempo normal como para el Estado de perturbación del orden público, y de una manera tan amplia que de ellas pueden derivarse multitud de casos concretos, comprendidos siempre dentro de las reglas generales.

"Es así como la Constitución en su artículo 30 (26 de la Codificación de 1936 y 31 de la de 1886), después de garantizar la propiedad privada en tiempo de paz y los demás derechos adquiridos con justo título, por personas naturales y jurídicas, y de colocar la utilidad pública o interés social por sobre los derechos de las particulares, en caso de conflicto, le asigna a la propiedad el carácter de función social, que implica obligaciones, y luego consagra la expropiación por los motivos allí propuestos, señalando a las autoridades judiciales como competentes para ella y prescribiendo la indemnización previa.

"A la inversa, el art. 33 de la Constitución (30 de la codificación de 1936 y 33 de la del 86), preceptuó que en caso de guerra y sólo para

(19) (Rousseau, Charles, "Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo", Bogotá, 1956, p. 182).

atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenecen al orden judicial y no ser previa la indemnización, lo que claramente establece que siempre tiene que haberla, aunque con posterioridad. También determina para el caso de guerra la ocupación temporal de la propiedad inmueble, ya para atender a las necesidades de aquella, ya para destinar a ella sus productos, pero como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes. Y por último, agrega que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí mismo o por medio de sus agentes.

“Es verdad que en el presente caso no se trata de una expropiación, pero lo que se desea significar con la anterior invocación es que el constituyente tiene proscrito el daño sin reparación, pues sólo como pena pecuniaria impuesta a sus dueños, pueden destinarse los productos de los inmuebles a las necesidades de la guerra, lo que implica una providencia motivada, conforme a las leyes”. (Las subrayas son textuales). (20)

Podemos advertir, de lo anterior, el intento de extender los principios de la expropiación al problema de la responsabilidad. Pero este procedimiento es inadmisibile. Dijimos en el capítulo primero que estas materias no pueden confundirse. El principio de la responsabilidad surge del acto ilícito; la obligación de indemnizar tiene el sentido de una sanción. Los fundamentos de la expropiación son diversos. En ningún caso la indemnización surge de la ilicitud. Todo lo contrario, supone el ejercicio de una facultad, de un derecho, por parte del Estado. Este aspecto manifiesta una oposición radical entre ambas instituciones. Se ve, por lo tanto, que la pretensión no puede consistir en asimilar las reglas de la expropiación a las de la responsabilidad, sino en extender el concepto de expropiación a otros casos que los previstos en las normas constitucionales. El problema se traslada: ya no se trata de una cuestión de responsabilidad sino de un asunto de expropiación. Se dice, entonces, que los perjuicios ocasionados por la actividad administrativa, especialmente “cuando son anormales, excepcionales y por su naturaleza e importancia exceden las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad”, según la fórmula de Rousseau que citamos atrás, equivalen a casos de expropiación.

(20) (Vid., Sarria, Eustorgio, op. cit., p. 334y ss.).

Pero, de ser posible dicha extensión, perdería todo sentido la teoría de la responsabilidad pública. Si todos los perjuicios ocasionados por la actividad administrativa debieran ser reparados por equivaler a expropiaciones, no habría lugar a interrogar por la licitud o la ilicitud del comportamiento administrativo. Ahora bien, hemos visto que, en el plano legal, esa pregunta es generalmente necesaria, salvo en el caso de los trabajos públicos.

La cuestión, sin embargo, se plantea en un ámbito más elevado: el constitucional. Cabe entonces preguntarse si la legislación ha restringido indebidamente un principio constitucional que dice que “el derecho a obrar no excluye la indemnización” y si, por consiguiente, los Tribunales, en virtud del principio de la supremacía de la Constitución, deben aplicar directamente las reglas de ésta, dejando de lado las legales. En otras palabras, aunque la legislación ponga en la base de la responsabilidad administrativa la existencia de un comportamiento ilícito, dicho requisito es irrelevante para obtener las indemnizaciones correspondientes a los daños ocasionados por la actividad de la Administración porque existe un principio constitucional como el citado.

Existe realmente ese principio en la Constitución? No lo creemos; sin duda, los arts. 30, 31 y 32 C. N., proclaman el principio de que no puede haber expropiación sin indemnización. Yendo más lejos, podría decirse que el Estado no puede enriquecerse mediante el empobrecimiento de sus súbditos. Se observa que se trata de ecuaciones patrimoniales: enriquecimiento del Estado y empobrecimiento de los particulares, o mejor, de algunos de ellos. Porque si el empobrecimiento es general, como sucede con el impuesto, no hay lugar a indemnizaciones.

Es dudoso que pueda ampliarse hasta ese punto el principio de la expropiación. Pero, aunque fuera posible, de ahí no podría deducirse la afirmación de que la Constitución hubiera admitido el principio del riesgo (*ubi emolumentum, ibi onus*). En efecto, el enriquecimiento del Estado y el empobrecimiento de los particulares debe ser correlativo, es decir, ambos fenómenos deben explicarse recíprocamente. Si el Estado se lucra del perjuicio particular, debe indemnizar al perjudicado. Pero el principio del riesgo dice otra cosa: quien se aprovecha de una actividad debe soportar sus cargas y sus efectos nocivos, aunque éstos no sean necesarios para el beneficio de la actividad.

Ahora bien, no puede decirse que el Estado reporta beneficio o lucro de todos los perjuicios que ocasiona con sus actividades; es más, no todas las actividades perjudiciales del Estado tienen sentido económico, esto es, van orientadas hacia ese tipo de objetivos. Esto significa que parte considerable del comportamiento administrativo escapa al principio de la expropiación y debe ser considerado a la luz de otros principios, como el de la responsabilidad. Por ejemplo, el cierre de un periódico por motivos de orden público no tiene una finalidad económica: el Estado no se enriquece con ello, o, por lo menos, no es éso lo que busca. Si de ello no reporta beneficio, no cabe decir que consumó una expropiación y que por esa causa debe indemnizar a los propietarios de la empresa.

Así, pues, el principio del riesgo administrativo, fundado en los arts. 30, 31 y 32 C. N., sólo tendría vigencia en los casos en que el Estado reportara beneficio del daño producido. Las demás hipótesis deben quedar sujetas a las reglas que venimos exponiendo.

Por último, el principio que pretende formular el Consejo de Estado es impracticable. Todas las actuaciones del Estado producen algún perjuicio. Mejor, toda actuación humana ocasiona molestias para alguien; de algún modo, todas son perjudiciales. "Se existe siempre a expensas de otro", dice Sartre en frase citada a menudo por Mazeaud-Tunc. De ser sancionados por todas las molestias que ocasionamos, en el fondo se nos estaría prohibiendo toda actuación. Pero ese no es el sentido de las prohibiciones sancionadas por la responsabilidad patrimonial. El derecho, en principio, no prohíbe actuar; prohíbe, eso sí, actuar en forma descuidada, imprudente, negligente o maliciosa.

13) La fuerza mayor y el caso fortuito son también causales eximentes de responsabilidad extracontractual y dentro del principio de la culpa. Sobre ésto nos remitimos a lo dicho en el capítulo anterior. Las nociones de fuerza mayor y de caso fortuito son similares en materia contractual y extracontractual.

Con todo, es necesario preguntarse por la importancia de dichos fenómenos en la responsabilidad por riesgo. Como en esta responsabilidad se prescinde de la idea de culpa, necesaria para determinar la fuerza mayor y el caso fortuito, hay que negar su valor eximente o liberatorio en esta especie de responsabilidad.

Por consiguiente, solamente la "causa extraña" puede eximir de responsabilidad al demandado. Esto significa que debe probar que él no fue realmente el autor del daño.

14) La acción de responsabilidad extracontractual debe incoarse dentro de los tres años siguientes a la realización del daño. La competencia para conocer de élla le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. La vía procesal indicada es la ordinaria.

Sin embargo, la responsabilidad por trabajos públicos sigue una vía especial. La acción prescribe dentro de los dos años siguientes a la ocupación o el daño (art. 263 C. C. A.). Estimamos que esta disposición continúa vigente, a pesar de la norma del D. 528 de 1964 que señala un término de tres años para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual administrativa (art. 28), porque dicho Decreto solamente derogó los textos que le fueran contrarios y no es ese el caso del art. 263 C. C. A., que es una disposición especial: constituye simplemente una excepción a la regla general.

Ya dijimos que la acción indemnizatoria por ocupaciones permanentes realizadas con ocasión de trabajos públicos debe intentarse ante la jurisdicción ordinaria.

"RESPONSABILIDAD INDIRECTA DE LA ADMINISTRACION"

1) La responsabilidad indirecta tiene lugar cuando el sujeto pasivo del deber violado no coincide con el sujeto pasivo de la sanción. En otras palabras, responde de modo indirecto la persona que debe soportar la sanción correspondiente a un acto ilícito ajeno.

En el Capítulo II mostramos que la noción de responsabilidad indirecta no coincide con la de responsabilidad por el hecho ajeno. Esta última aparece cuando el agente del ilícito es una persona físicamente distinta de la llamada a responder por la sanción. La responsabilidad de las personas jurídicas, incluidas las públicas, es siempre por el hecho ajeno, pero puede ser además directa o indirecta, según el sujeto pasivo del deber violado. Si el autor de la infracción viola un deber que pesa sobre la persona administrativa, ésta responde directamente. Pero si el deber violado es ajeno a la Administración, la responsabilidad de ésta es indirecta.

2) La responsabilidad indirecta de la Administración no ha sido consagrada en textos especiales. Ni el C. C. A. ni el D. 528/64 ni norma alguna de carácter administrativo aluden a ella. Su fundamento hay que buscarlo, por consiguiente, en el Código Civil, por vía de integración analógica. En efecto, el art. 2349 C. C. establece la responsabilidad de los amos por ciertos hechos de sus criados o sirvientes; en términos más acordes con las expresiones modernas, se trata de la responsabilidad de los patronos por los hechos de sus trabajadores. Ahora bien, de conformidad con lo que dijimos en el Capítulo I, hay personas vinculadas al Estado mediante relaciones de trabajo. La situación del Estado con respecto a ellas es similar a la del patrono con relación a sus trabajadores. Por lo tanto, consideramos que también al Estado le incumbe la responsabilidad de que trata el art. 2349 C. C.

Desde luego, esta responsabilidad sólo puede surgir del comportamiento de personas vinculadas a la Administración, pues si se ha negado la responsabilidad directa del Estado por las actuaciones legislativas y jurisdiccionales, también debe negarse su responsabilidad por los hechos de las personas vinculadas a dichas ramas. Sin duda, sería muy conveniente extender la responsabilidad estatal a los actos del personal legislativo y jurisdiccional, especialmente a los últimos, que

también pueden incurrir en abusos y descuidos perjudiciales con ocasión del servicio prestado al Estado.

El artículo aplicable a la responsabilidad indirecta de la Administración es el 2349 y no el 2347 del C. C. Este último se refiere a hipótesis propias del derecho de familia, sin analogías con ninguna relación administrativa: la administración no se vincula con nadie de modo similar al padre con el hijo o al guardador con el pupilo.

3) La responsabilidad indirecta de la Administración solamente surge de actos de las personas vinculadas a ella por medio de relaciones de trabajo. En el Capítulo I expusimos el concepto de relación de trabajo. No tenemos, pues, necesidad de insistir sobre este punto. La noción, en sí misma, poco se presta a controversias. Sin embargo, hay casos en que es difícil precizarla. Por ejemplo, es frecuente que el personal encargado del manejo de implementos oficiales (vehículos, etc.), permita la utilización de éstos por personas extrañas. Los daños causados por tales personas en razón del empleo de aparatos pertenecientes a la Administración, deberán ser reparados por ésta?

En nuestra opinión, las entidades administrativas no son responsables de los hechos de personas ajenas a ellas, aunque hayan sido condicionadas por el mal comportamiento de un agente administrativo. En efecto, los daños ocasionados por el conductor de un vehículo público que le ha sido prestado por un funcionario administrativo desleal, no son ocasionados directamente por éste. Sin duda, el mal comportamiento del funcionario permitió que otra persona, ajena a la Administración, utilizara el vehículo y ocasionara un daño. Pero entre el daño y la culpa del funcionario no hay una relación de causalidad directa.

Si el vínculo del autor del daño con la Administración no es constitutivo de una relación de trabajo, aquélla no es responsable. Tal sucede, por ejemplo, con los concesionarios de bienes o de servicios o con los contratistas de obra no sujetos a la continuada subordinación y dependencia de la Administración.

La prueba de la relación de trabajo entre el autor del daño y la Administración le corresponde al actor. La ley no presume la existencia de dicha relación, ni siquiera en ciertos casos, como el del conductor de un vehículo oficial, o el encargado del funcionamiento de una máquina de propiedad de la Administración, o del individuo que luzca distintivos oficiales. Sin duda, tales hechos constituyen indicios gra-

ves de la vinculación al servicio administrativo; pero no tienen el carácter de indicios necesarios o precisos. El conductor de un vehículo puede ser trabajador de la Administración; pero también es posible que lo tenga indebidamente en su poder.

4) La Administración no responde indirectamente de todos los daños causados por sus agentes o trabajadores. Si el comportamiento de éstos es violatorio de un deber de la Administración (por ejemplo, es ilegal o constitutivo de una falla del servicio), la responsabilidad administrativa es directa. Resulta necesario, por consiguiente, que el agente viole un deber a su cargo. Además, el daño debe ser causado "*con ocasión del servicio prestado*" por el agente a la Administración.

Este requisito exige algunas explicaciones. Sin duda, el agente público debe incurrir en ilicitud al causar el daño. Se trata, como acabamos de decirlo, de un comportamiento lesivo de un deber suyo. Desde este punto de vista (el deber violado), puede haber una distinción neta entre el acto que compromete directamente a la entidad administrativa y el que sólo compromete su responsabilidad indirecta. Pero es necesario, además, distinguir la materialidad del comportamiento del agente.

En primer lugar, el acto puede constituir el cumplimiento normal y regular de la función encomendada al agente; puede consistir, también, en la ejecución de órdenes que el agente estaba obligado a cumplir. En tales casos, si se produce un daño, éste solamente podrá ser imputado a la función misma y no a su ejercicio indebido por parte del agente. Hay que averiguar, entonces, si la función estaba bien o mal organizada, o si el acontecimiento dañoso fue enteramente fortuito. De todas maneras, por haber desempeñado la función en los términos prescritos por los reglamentos o por las órdenes de superiores, no cabe hablar de culpa del funcionario. De haber responsabilidad administrativa, su tipo será el de la directa.

En segundo lugar, el agente puede cumplir la función, pero cumplirla mal. Si obra con ilegalidad, la responsabilidad administrativa es directa, según vimos en el Capítulo III. Puede ocurrir, sin embargo, que no obre ilegalmente, pero sí con imprudencia o negligencia, en fin, con culpa. Por ejemplo: el conductor de un vehículo oficial que excede los límites de velocidad; el agente de policía que exagera la peligrosidad de una situación y dispara contra la multitud. En estos casos la irregularidad no radica en la función misma sino en su ejercicio anormal, contrario a los reglamentos o a las órdenes superiores.

Ha habido una falla del agente: si éste hubiera observado las reglas de la función, no se habría producido el daño. Pero el acto del agente estaba íntimamente ligado al ejercicio de la función. No cabe explicarlo de otra manera: sin el ejercicio de la función, no habría ocurrido el daño.

No siempre se exige una conexión tan estrecha entre el ejercicio de la función y la culpa del agente, para comprometer la responsabilidad indirecta de la Administración. Hay otros actos que, sin estar ligados directamente al ejercicio de la función, sólo han sido posibles por dicha circunstancia, es decir, "con ocasión del servicio prestado". Como dice Chapus, "se trata aquí de actos extraños a la ejecución de la función pero que la existencia de ésta, sin embargo, ha permitido: el agente desvía de su fin normal los medios que la función pone a disposición suya, abusa de las facilidades que ella le otorga. El agente ha actuado en interés personal, por su propia cuenta. Pero ha encontrado en la función el medio de actuar y de cometer la falta: si no hubiera estado encargado de esas funciones, no habría cometido el daño". (1)

Por último, hay actos completamente desligados de la función. El ejercicio de ésta no ha sido la ocasión directa de la falta: el agente no se ha servido de los poderes o de las cosas a su cargo para cometer la falta. La existencia de la función es indiferente para explicar la comisión del ilícito. De este tipo de actos no responden los patronos ni la Administración. Se trata de actos que únicamente comprometen la responsabilidad personal del agente.

5) La responsabilidad indirecta se excluye "si se probare que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes". (art. 239 C. C.).

En el capítulo II tuvimos oportunidad de referirnos al sentido de esta disposición. Con todo, no podemos dejar de resaltar la importancia de esta limitación de la responsabilidad indirecta. El comportamiento impropio, normalmente imprevisible o inevitable por el patrono (en este caso, la Administración), aún empleando "el cuidado

(1) (Chapus, op. cit., p. 241).

ordinario y la autoridad competente", no genera responsabilidad indirecta. Por comportamiento impropio no debe entenderse el culposo; de lo contrario, la disposición perdería su sentido. Nosotros creemos que el comportamiento impropio es el que va acompañado de una falta burda, grosera, reveladora de la máxima negligencia o imprudencia.

Pero si el comportamiento impropio del agente era previsible o evitable mediante el cuidado ordinario y la autoridad competente del patrono, éste debe responder indirectamente del daño acaecido.

6) Por lo demás, para que haya responsabilidad indirecta es necesario que el agente incurra personalmente en responsabilidad directa, es decir, que obre de modo ilícito y ocasione por ese motivo un daño; debe haber, por consiguiente, una relación de causalidad adecuada entre el acto ilícito y el daño.

7) En este tipo de responsabilidad, la víctima puede elegir entre dos opciones: a) demandar directamente al autor del daño; b) demandar a la Administración. En este último caso, la acción prescribe "en tres años contados desde la perpetración del acto" (art. 2358 C. C.). En nuestra opinión, la acción debe ser intentada ante la jurisdicción ordinaria (vid. Supra Cap. II).

8) Según el art. 2352 C. C. "las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el art. 2346". Este último excluye la imputabilidad de los menores de diez años y de los dementes.

Por consiguiente, la Administración puede repetir del autor del daño lo pagado en virtud de la responsabilidad indirecta.

"EL DAÑO Y SU REPARACION"

1) Hemos dicho que el contenido de la responsabilidad patrimonial es la obligación de reparar o indemnizar el daño ocasionado por el acto ilícito. Si de la violación del deber jurídico no se desprenden consecuencias dañosas, no hay lugar a la responsabilidad patrimonial. El daño es, pues, un elemento fundamental en este tipo de responsabilidad. Así lo da a entender la ley en varias disposiciones. En la violación del principio de legalidad, la acción de plena jurisdicción sólo puede intentarse cuando el acto ha violado un derecho civil o administrativo particular (artículo 67 C. C. A.). Las indemnizaciones que debe pagar el contratante que ha violado el nexo contractual suponen que de la infracción se hayan derivado daños para la otra parte (art. 1616 C. C.), aunque en algunos casos el daño se presume, como acontece en las obligaciones dinerarias (art. 1617 C. C.). En fin, los textos sobre responsabilidad extracontractual parten de la base de la perpetración de un daño imputable a un comportamiento indebido (arts. 2341 y ss. C. C.).

En materia contractual hay un caso que parece escapar al principio enunciado. Se trata de la cláusula penal, que según el art. 1592 C. C., "es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal". En principio, la cláusula penal no tiene carácter indemnizatorio. Así se desprende del art. 1599 C. C.: "Habrà lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio". Sin embargo, "no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena" (art. 1600 C. C.).

Según la doctrina clásica, la cláusula penal no es otra cosa que el avalúo anticipado que las partes hacen de los perjuicios a que pueda dar lugar el incumplimiento del contrato. Sin duda, ese es el sentido en que se la toma usualmente. Pero su sentido jurídico es el de una pena o castigo por la violación del contrato. No puede significar siempre una indemnización de perjuicios porque éstos pueden

no existir, debiéndose, en todo caso, la pena; incluso, a pesar de que el acreedor se beneficie del incumplimiento, tiene derecho a exigir la aplicación de la pena. Esta no guarda necesariamente relaciones de coincidencia o equivalencia con el deber violado. Allí se da "una relación ontológica de incomparables", es decir, la sanción no surge de una valoración racional de la infracción y esto es lo que tipifica a las sanciones penales, según lo anota Carlos Cossio (1).

Por lo dicho, la cláusula penal no cabe exactamente dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial.

2) Las reglas atinentes al daño y su reparación hay que buscarlas en el Código Civil. La legislación administrativa solamente habla del restablecimiento del derecho lesionado por actos administrativos ilegales (art. 67 C. C. A.), del pago de las indemnizaciones correspondientes "cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa" (art 68 C. C. A.) y de la obligación de incluir en el presupuesto los créditos judicialmente reconocidos.

Dentro del Código Civil las reglas fundamentales son las relativas a la responsabilidad contractual, ya que en el título sobre responsabilidad extracontractual no hay una reglamentación precisa de la materia. Sin embargo, algún sector considera que la especialidad de las disposiciones sobre contratos las hacen inaplicables a los restantes órdenes de responsabilidad. No podemos admitir ese criterio. La estructura de la responsabilidad es idéntica en todos los casos; por consiguiente, nada se opone a que las normas de la responsabilidad contractual sean aplicadas a los otros tipos de responsabilidad en tanto no pugnen con sus respectivas naturalezas.

3) La Ley no define los daños y perjuicios. Parece que esas expresiones se utilizan en igual sentido, esto es, que se trata de vocablos sinónimos. Nosotros las emplearemos indistintamente.

La doctrina distingue dos acepciones de los daños o perjuicios. Una lata; otra, restringida.

En sentido amplio, el daño existe "cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas" (2). En esta acepción el daño se identifica con la lesión u ofensa del derecho; viene a ser, pues, un mero elemento del acto ilícito.

(1) (Cossio, Carlos, "Teoría de la Verdad Jurídica", Losada, Bs. Aires, 1954, p. 295 y ss.).

(2) (Valencia Zea, Arturo, op. cit., T. III, p. 196).

En un sentido más restringido, el daño consiste en "el menoscabo de valores económicos o patrimoniales en ciertas condiciones (daño material), o bien, en hipótesis particulares, en la lesión al honor o a las afecciones legítimas (daño-moral)" (3).

Las disposiciones relativas a la responsabilidad patrimonial por el daño derivado del ilícito aluden al concepto restringido que acabamos de enunciar. Para que se configure la responsabilidad patrimonial no basta la lesión de un derecho; es necesario, además, que se produzca un menoscabo material o una aflicción moral. Como lo observa acertadamente Pérez Vives, "si bien todo daño implica la lesión de un derecho subjetivo, la inversa no es exacta, esto es, que no basta la lesión de un derecho subjetivo para que exista por ese mismo hecho un perjuicio". (4)

Con todo, no puede olvidarse el concepto amplio de daño. Para que el menoscabo material o la aflicción moral tengan el carácter de "daños resarcibles" es precisa la violación de un derecho subjetivo sobre el bien material o incorporal afectado. Únicamente la víctima del daño puede exigir reparación y dicha calidad nace de la titularidad del derecho vulnerado.

Así, la reparación de las consecuencias lesivas de la actividad ilícita de la Administración sólo puede ser exigida por la persona "lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo" (art. 67 C. C. A.). En tal caso, la persona afectada puede pedir el restablecimiento del derecho, que puede obtenerse mediante la expedición, por parte de los organismos contencioso administrativos, de actos que reemplacen, modifiquen o reformen las disposiciones acusadas (art. 69 C. C. A.). Pero si la violación ha producido daños materiales o morales, el pleno restablecimiento del derecho sólo será posible mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes. En este evento la acción de plena jurisdicción se convierte propiamente en el contencioso de la responsabilidad administrativa, como lo tiene establecido hoy la jurisprudencia del Consejo de Estado, luego de superar algunas vacilaciones. (5)

La acción de responsabilidad contractual solamente puede ser intentada por quien tenga la calidad de contratante. La violación del

(3) (Orgaz, Alfredo, "El Daño Resarcible", Depalma, Bs. Aires, 1967, p. 18).

(4) (Pérez Vives, op. cit., Vol. II, p. 245).

(5) (Vid. Ortega Torres, Código Contencioso Administrativo, p. 138 a 140).

contrato, como tal, perjudica únicamente al acreedor o a quien ocupe su lugar en el nexo contractual (cesionario del crédito, subrogatorio, heredero). Por excepción, los acreedores pueden sustituirse en los derechos de su deudor y entablar las acciones que a éste corresponden, si se resiste a ejercerlas en perjuicio de aquéllos. Pero en tales casos simplemente se sustituyen al deudor-acreedor. No les cabe impetrar la indemnización de perjuicios propios sino la de los sufridos por su deudor.

Según el art. 2342 C. C., la indemnización de daños extracontractuales puede pedirla "no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño".

4) Los daños o perjuicios pueden ser clasificados en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales.

El valor de esta distinción a la luz de los textos civiles es discutible; sin embargo, el Código Penal, hablando de los efectos del delito, dice que "cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos" (art. 94 C. P.). La jurisprudencia colombiana ha considerado que esta disposición es aplicable a la responsabilidad civil, pues ésta es propiamente la materia a que se refiere la norma citada. Además, aunque la ley civil no habla expresamente de la reparación de los daños morales, tampoco la excluye y es un hecho que el ilícito puede ocasionar perjuicios patrimoniales y morales.

La doctrina vacila en cuanto al criterio de distinción entre los daños patrimoniales y los morales. Algunos autores la fundan en la naturaleza del derecho vulnerado. Si el derecho atacado por el ilícito es patrimonial, el daño resultante es material; si lo lesionado es un derecho extrapatrimonial, el daño es moral. Otro sector de la doctrina parte de la consideración de los resultados o consecuencias del ilícito. Si éste ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se tiene el daño material o patrimonial, sin que importe la naturaleza del derecho vulnerado. Pero si el ilícito no tiene repercusiones patrimoniales sino

que hace sufrir a la persona en sus afecciones legítimas, hay daño moral y no patrimonial. (6)

El segundo de los criterios expuestos es el que parece ajustarse mejor al concepto restringido de daño. De otra parte, es el que más se ciñe a la realidad. En efecto, el ilícito, cualquiera sea la naturaleza del derecho violado, puede ocasionar, al mismo tiempo, daños materiales y morales. Así, por ejemplo, la lesión de intereses extrapatrimoniales, como el honor, es capaz de repercutir tanto en la esfera íntima como en la patrimonial. Igualmente la destrucción de un mueble que tenga valor afectivo produce un menoscabo patrimonial y, a la vez, un detrimento moral, aunque el derecho violado sea el de propiedad.

Podemos decir entonces que el perjuicio patrimonial es el menoscabo que directa o indirectamente experimenta el patrimonio de una persona como consecuencia del acto ilícito violador de su derecho. Este daño se manifiesta en la diferencia que existe entre el valor del patrimonio antes de producirse la infracción y el que presenta luego de acaecida.

Dentro del concepto de daño patrimonial caben los llamados "daños morales objetivados", que son lesiones a derechos extrapatrimoniales pero entrañan un contenido económico. Por ejemplo, los que alteran o menoscaban la salud, la fuerza, la destreza, etc.

El daño moral existe cuando el ilícito "no produce, ni directa ni indirectamente, una alteración patrimonial, pero ocasiona una perturbación injusta en el espíritu del acreedor. El daño moral entraña, pues, un sufrimiento que aparece desvinculado de toda consecuencia patrimonial; y tiene un carácter estrictamente subjetivo, porque no se advierte con los sentidos exteriores, sino que, sólo se percibe interiormente. (7)

5) Vamos a referirnos, en primer lugar, a los perjuicios materiales o patrimoniales. Su régimen es el mismo, en principio, para todos los órdenes de responsabilidad. Sin embargo, hay algunas reglas que por su naturaleza sólo conciernen a la responsabilidad contractual y son, por ende, inaplicables a las demás responsabilidades patrimoniales. Se trata de los llamados perjuicios moratorios y compensatorios

(6) (Orgaz, op. cit., p. 183 y ss.; Aguiar Díaz, José, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. Cajica, México, 1957, T. II, p. 373; Gatica Pacheco, op. cit., p. 9a. y ss.).

(7) (Gatica Pacheco, op. cit., p. 95).

que debe indemnizar el deudor a consecuencia del incumplimiento. Expondremos primero el régimen general; luego hablaremos de las peculiaridades de la responsabilidad contractual.

El daño patrimonial indemnizable comprende dos elementos: el daño emergente y el lucro cesante, salvo los casos en que la ley limita la indemnización al daño emergente (art. 1615 C. C.).

Por daño emergente entiende el legislador "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento" (art. 1616 C. C.). Adaptando esta noción a la responsabilidad en general, se tiene que el daño emergente es el perjuicio o la pérdida que proviene del acto ilícito. En otras palabras, el daño emergente consiste en el menoscabo de los bienes que forman actualmente el patrimonio.

El lucro cesante "es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento" (art. 1616 C. C.). En un sentido más amplio, es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del acto ilícito. Esta noción mira a lo futuro: no se refiere a la disminución del patrimonio sino a lo que en virtud del ilícito dejará de ingresar al activo de la víctima. Como dice Gatica Pacheco, "el lucro cesante es la privación de una ganancia que el acreedor habría podido legítima y fundadamente obtener, a no mediar el incumplimiento de la obligación. En este caso el patrimonio del acreedor no experimenta alteración en su forma actual, pero éste ha perdido la posibilidad de incrementarlo con los valores que habría incorporado si el deudor hubiere cumplido íntegra, efectiva y oportunamente su obligación". (8)

6) El daño emergente debe ser cierto, actual y directo.

a) Daño cierto es el que existe realmente. No se puede solicitar la indemnización de un dato eventual o hipotético, que puede suceder o no. En este sentido, la exigencia es obvia: sólo puede hablarse de daño cuando se ha producido un detrimento o menoscabo de la integridad personal o patrimonial.

Con todo, no se exige que al momento del fallo el daño haya podido ser determinado en cuanto a su extensión o su valor. El juez

(8), (Gatica Pacheco, op. cit., ps. 107-8).

debe tener la certidumbre de que el ilícito produjo daño. Si éste no fue suficientemente determinado o avaluado, la precisión de su extensión y su cuantía puede dejarse para el incidente de que trata el art. 335 C. J., aplicable al proceso contencioso administrativo según el art. 123 C. C. A. Esto significa que el organismo jurisdiccional puede dictar un fallo en abstracto cuando encuentre probados los supuestos de la obligación de resarcimiento (el ilícito, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste), aunque no se hayan acreditado las bases concretas para determinar su extensión. (9)

En opinión de Orgaz, "la idea de menoscabo es esencial en el concepto del daño que examinamos: para que haya daño material no basta, efectivamente, la mera alteración de los elementos del patrimonio, lo cual puede ocurrir, verbigracia, cuando el acto ilícito produce perjuicios y ventajas que se compensan; o cuando el afectado por el acto ilícito recibe un valor económico equivalente al que perdió; o bien, cuando se trata de meras alteraciones materiales, que no disminuyen el valor general del patrimonio". (10)

b) El daño debe ser actual; en rigor, el daño cuya indemnización se pretende, debe haberse producido al tiempo de intentarse la acción de responsabilidad. En efecto, el juez examina el petitum de la demanda al momento de su presentación.

Se plantea, sin embargo, el problema de los daños futuros que seguramente se realizarán y que constituyen la prolongación del daño ya producido, viniendo a ser, en realidad, el mismo daño. Por ejemplo, el lesionado en su salud que deberá continuar algún tiempo más los gastos necesarios para su recuperación; o el que ha contraído, a causa del ilícito, una enfermedad incurable que seguramente le acarreará la muerte.

La doctrina y la jurisprudencia se muestran favorables a la reparación del daño futuro cuando se presente como "la prolongación cierta de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata" o "cuando es la prolongación de un perjuicio actual" o "cuando no estando aún realizado en todas sus consecuencias, debe recibir en el porvenir una agravación necesaria y apreciable pecuniariamente". (11)

(9) (Cfr. Ortega Torres, Código de Procedimiento Civil, Temis, Bogotá, 1966, p. 343).

(10) (Orgaz, op. cit., p. 123).

(11) (Cfr. Pérez Vives, op. cit., Vol. II, p. 252; Orgaz, op. cit., p. 25 y ss.; Durán

La reparación del daño futuro se admite con base en que se trata de un daño cierto, que habrá de realizarse de modo ineluctable. En el fondo, juegan razones de equidad, de economía procesal, etc., pues el daño futuro, por probable que parezca, no puede ser tenido como cierto.

c) El daño debe ser directo. El art. 1616 C. C., dice que "si no puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

El artículo citado habla de dos clases de perjuicios: los previsibles y los inmediatos o directos. Ahora bien, como lo observa Pérez Vives, en la práctica esas dos nociones se confunden. "Un daño será previsible, dice el autor, en cuanto se presente como natural, directo y necesario efecto de la culpa; y será menos previsible, cuando más alejado esté de su causa". (12)

Sin embargo, esta observación no puede hacerse valer absolutamente. Puede haber casos de perjuicios imprevisibles y directos, de los que debe responder el agente que ha obrado con dolo. Por eso es necesario distinguir en qué consisten los perjuicios previsibles y los directos.

La noción de perjuicios previsibles no parece ofrecer complicaciones. Cabe decir que es aquél que pudo haber sido previsto por una persona diligente y cuidadosa situada en las mismas condiciones externas del autor del daño. Es daño previsible el que según el curso ordinario y natural de las cosas, observado conforme a la experiencia mediana, aparece como resultado normal del acto ilícito. En otras palabras, entre el acto ilícito y daño previsible hay una "relación de causalidad adecuada". De acuerdo con la doctrina que lleva ese nombre, hay que distinguir entre las varias condiciones que se han reunido para producir un daño, aquellas que normalmente eran idóneas para ocasionarlo: esas condiciones serán tenidas como la "causa" del daño.

El concepto de daño directo es más difícil de precisar. Sin duda, el daño previsible siempre es directo, al menos en la noción legal,

Trujillo, Rafael, "Nociones de Responsabilidad Civil" Temis, Bogotá, 1957, p. 92).

(12) (Pérez Vives, op. cit., Vol. II, p. 248).

pero hay daños directos imprevisibles. Cuáles son esos daños? Quizás no sea posible adoptar un criterio general para distinguirlos. En cada caso concreto será necesario investigar si el daño podía explicarse aún sin la culpa o el dolo del demandado y cuál fue la influencia de las concausas en su producción.

Lo anterior se refiere a la causalidad material, esto es, la que existe cuando el daño es imputable materialmente a la conducta del demandado. Existe otra forma de causalidad que denominaremos como jurídica o ideal. Hay ocasiones en que el daño es atribuido a la negligencia o a un acto jurídico del demandado. Por ejemplo, se sindicó a la Administración de no haber protegido a un comerciante amenazado por un grupo de sediciosos; o, la Administración ordena ilegalmente el cierre de un establecimiento y el propietario afectado acata la orden. En tales casos, los perjuicios se explican materialmente por el comportamiento de los sediciosos o del mismo damnificado. Desde luego, el asalto de los sediciosos o la decisión del comerciante en el sentido de cerrar su establecimiento, no constituyen comportamiento administrativo. Sin embargo, no cabe duda de que la Administración puede ser llamada a responder por tales perjuicios, en cuanto sean explicables por el comportamiento administrativo. En efecto, de haber intervenido la protección policiva, los sediciosos no habrían asaltado el establecimiento; de no haber mediado la orden administrativa, el empresario no habría cerrado su almacén.

Se observa que en estas hipótesis es necesario poner a jugar idealmente entre las condiciones del perjuicio a las decisiones administrativas correspondientes. Pero es preciso que el daño pueda explicarse por tales decisiones. Si a pesar de ordenar la protección policiva del establecimiento, no hubiere sido posible impedir el asalto, no cabe predicar la responsabilidad de la Administración.

7) El lucro cesante es una posibilidad de ganancia o provecho que se frustra por la conducta del demandado. Como toda posibilidad, el lucro cesante está sujeto a las contingencias del futuro. El provecho o ganancia esperados pueden frustrarse por otras causas. Nada garantiza con absoluta seguridad su realización en el futuro. Sin embargo, es lo cierto que por la conducta del demandado ese lucro ya no se realizará.

El lucro cesante es siempre un perjuicio eventual, hipotético, contingente; sin duda, debe ser directo o previsible, según lo ordena

el art. 1616 C. C. Pero no cabe exigir que sea actual y cierto en el mismo sentido que el daño emergente.

La reparación del lucro cesante supone una posibilidad de provecho o ganancia protegida por la ley. Ahora bien, es importante definir cual es la posibilidad que obtiene la protección jurídica, porque no todas las posibilidades de ganancia o provecho merecen ser consideradas por el derecho. Según Aguiar Días, el criterio decisivo en esta materia "consiste en supeditar el lucro cesante a una posibilidad objetiva, resultante del desonvolvimiento normal de los acontecimientos, conjugado a las circunstancias peculiares del caso concreto". (13)

En efecto, es verdad que la ley reconoce el resarcimiento del lucro cesante, que siempre es contingente. Pero hay grados de contingencia: existen posibilidades remotas de ganancia, "espejismos de lucro", como los llama la doctrina, pero hay también posibilidades razonables de que se realice el lucro. De continuar el proceso normal y ordinario de las cosas, cabe pensar en la realización de la ganancia como parte de ese proceso. Pero tal proceso, que en condiciones normales podría conducir a determinados resultados lucrativos o provechosos, es interrumpido o desviado por un nuevo elemento introducido por el agente del ilícito. La ganancia que fundadamente cabía esperar, de seguir el curso normal de las cosas, se desvanece definitivamente por la conducta del responsable. Ese es el lucro cesante cuya indemnización se impone.

8) Los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales pueden, desde luego, clasificarse dentro de las categorías de daño emergente y de lucro cesante. Sin embargo, para efectos de la reparación, resulta más importante la clasificación de los perjuicios contractuales de acuerdo con el tipo de incumplimiento de que proceden. La doctrina tradicional habla a este respecto de perjuicios compensatorios y de perjuicios moratorios. Todos los perjuicios contractuales, según se dice, caben dentro de una de estas dos nociones.

La indemnización compensatoria tiene lugar cuando la obligación queda definitivamente inejecutada. Baudry Lacantinerie et Barde, citados por Borja Soriano, expresan: "Se da generalmente, en la doctrina, el nombre de indemnización compensatoria a la que se debe

(13) (Aguiar Días, op. cit., T. II, p. 365).

al acreedor en razón de la inejecución de su obligación; bajo su forma ordinaria no es sino la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada, la compensación por consiguiente del perjuicio que la inejecución le cause; en lugar de una ejecución en naturaleza, que no es posible, el acreedor obtiene una ejecución en dinero, una ejecución por equivalente". (14)

La indemnización moratoria puede ser exigida cuando el deudor ejecuta la obligación, pero en forma retardada. Los autores citados atrás dicen que "a la indemnización que se debe al acreedor en razón del simple retardo en la ejecución, se le llama indemnización moratoria porque es debida por la demora. Es la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada en la época en que debía serlo". (15)

Ahora bien, la doctrina tradicional sostiene que el acreedor, en caso de incumplimiento, puede elegir entre dos remedios: a) Solicitar la ejecución forzosa directa de la obligación más la indemnización moratoria; b) Solicitar la ejecución forzosa indirecta de la obligación, comprendida la compensación del perjuicio que la inejecución le causa. Aquí el acreedor puede exigir el equivalente en dinero más los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Según la doctrina, el acreedor no puede acumular estos remedios, es decir, que la indemnización compensatoria no se junta con el cumplimiento directo de la obligación, "ya que ésto implicaría un pago doble, mediante la ejecución en naturaleza y por equivalente de lo que se debe, y traería consigo un enriquecimiento sin causa". (16). La indemnización moratoria, en cambio, puede juntarse tanto a la ejecución directa de la obligación, como a la indirecta o compensatoria.

En nuestro concepto, la clasificación de los perjuicios en compensatorios y moratorios no da una idea exacta de los perjuicios que está obligado a indemnizar el deudor. Creemos pertinente agregar otras dos categorías de perjuicios indemnizables, a saber: Los perjuicios "complementarios" y los derivados de la resolución del contrato (en los contratos bilaterales). En efecto, hay casos en que el acreedor puede exigir la ejecución directa de la obligación, su-

(14) (Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Porrúa, México, 1964, T. II, p. 98).

(15) (Borja Soriano, op. cit., p. 99).

(16) (Gatica Pacheco, Sergio, op. cit., p. 25).

mada a la indemnización de los perjuicios ocasionados por el retardo (moratorios) y los derivados del cumplimiento imperfecto de la obligación (complementarios). En cuanto a la resolución con indemnización de perjuicios, estos no pueden ser considerados como compensatorios ni moratorios, puesto que se trata de darle muerte al contrato y no de exigir su cumplimiento directo o indirecto.

Veamos como opera la clasificación propuesta. Ya se dijo que el acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir la ejecución forzosa de la obligación, "la cual puede ser de dos clases, *directa*, si se realiza por la prestación del mismo objeto debido, e *indirecta*, si se lleva a cabo por el equivalente en dinero". (17)

Pues bien, cuando el acreedor acude a la forma de ejecución directa, está facultado para exigir, además, el pago de los perjuicios moratorios (derivados del retardo). Si la inejecución ha ocasionado otros perjuicios diversos de los moratorios, el deudor debe indemnizarlos, a título de perjuicios complementarios. Tal acontece en los casos de cumplimiento imperfecto. El deudor puede mejorar con posterioridad el cumplimiento, pero ello no lo excusa de pagar los perjuicios ocasionados por el retardo en solucionar de modo íntegro, oportuno y efectivo su obligación, ni de indemnizar los daños producidos por el cumplimiento defectuoso.

Por ejemplo: se celebra una compraventa sobre una res. El vendedor entrega un semoviente enfermo. Por lo tanto, el animal no sólo no produce el rendimiento esperado, sino que contagia al resto del ganado del comprador. Este puede exigir que el vendedor le entregue un animal sano o le cure el entregado. En cualquiera de estos casos, el comprador obtiene el cumplimiento directo de la obligación. El vendedor debe cubrir, además, los perjuicios moratorios consistentes en lo que dejó de percibir el comprador a causa del retardo (los rendimientos del animal y los complementarios, que en este caso estarían constituidos por los daños sufridos a causa del contagio de sus animales.

Cuando el acreedor utiliza la vía de la ejecución indirecta puede solicitar el pago de los perjuicios compensatorios, moratorios y complementarios. Los perjuicios compensatorios consisten en el equivalente de la prestación incumplida en dinero; por esa razón no se pueden acumular la ejecución directa y la indirecta. Los perjuicios mo-

(17) (Ochoa González, Guillermo, "Pago por Equivalencia", en revista "Estudios de Derecho", Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, No. 56, p. 537, 1960).

ratorios nacen del retardo en cumplir la obligación, sea directa o indirectamente. Los perjuicios complementarios son los nacidos de otras formas de incumplimiento y que no caben dentro del equivalente en dinero de la prestación, ni dentro del concepto de perjuicios moratorios. Suelen darse en el cumplimiento imperfecto de la obligación. Así, en el ejemplo examinado, el acreedor, en lugar de retener la prestación (el semoviente entregado) podía haber exigido su equivalente en dinero (el valor de un animal de las mismas condiciones que el negociado) y el valor de los perjuicios ocasionados por el contagio de su ganado; estos últimos, a título de perjuicios complementarios.

Todos estos perjuicios deben ser indemnizados. No hay razón para negar, en ninguna de las hipótesis examinadas, la reparación de los perjuicios complementarios, pues el art. 1616 C. C., sienta el principio de la reparación del daño emergente y del lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación. o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento y siempre que sean consecuencia previsible o directa del incumplimiento. A pesar de que la doctrina ha sostenido otra cosa, nosotros pensamos que, en principio, la reparación de los perjuicios contractuales debe ser integral.

En los contratos bilaterales al acreedor se le abre una tercera vía para el caso de incumplimiento. Según el art. 1546 C. C., puede solicitar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Como se trata de darle muerte al contrato, los perjuicios indemnizables no caben propiamente dentro de los conceptos de perjuicios compensatorios o moratorios. No se busca compensar la obligación ni reparar el retardo en el cumplimiento, puesto que la obligación ya no se va a cumplir. En las hipótesis de resolución no cabe aplicar las categorías anteriores. Los perjuicios son simple y llanamente, sin más calificaciones, los ocasionados por el incumplimiento, siempre y cuando guarden con éste la relación de causalidad exigida por la ley en el art. 1616 C. C.

Los principios enunciados atrás sufren algunas modificaciones en determinados casos. Así, en las obligaciones dinerarias no cabe, obviamente, la indemnización compensatoria; la moratoria se rige por las disposiciones del art. 1617 C. C.; en principio, consiste en los intereses que pudo devengar el capital adeudado durante el retardo. También en la cláusula penal hay algunas reglas modificatorias, de

los principios generales. Sobre el particular tratan lo arts. 1594 y 1600 C. C.

9) Vimos atrás (supra 4) en qué consisten los perjuicios morales. En principio, el daño moral debe ser indemnizado por quien lo ocasiona. Esta conclusión parece irrecusable a la luz del derecho positivo, el cual no discrimina los perjuicios indemnizables con base en su carácter material o moral. Con todo, la determinación y la reparación del daño moral ofrecen graves dificultades prácticas que nos inclinan a pensar que, de hecho, debe excluirse su indemnización.

En primer lugar, la noción de daño moral es demasiado vaga. Poco se gana con decir que el daño moral es el sufrido por una persona en sus intereses morales tutelados por la ley. En efecto, cuáles son esos intereses? Toda la aflicción merecerá la tutela legal? Habrá alguna discriminación entre las lesiones morales, atendiendo sea a su causa, sea a su intensidad, para efectos de la indemnización?

Estas cuestiones no admiten respuestas satisfactorias en el derecho positivo. No hay un criterio preciso para saber cuando se da, en definitiva, el daño moral. Ni siquiera la jurisprudencia ha logrado encontrar un punto de apoyo preciso en esta materia, como lo demuestra la siguiente doctrina expuesta por la Corte en alguna ocasión: "El perjuicio moral en su acepción más lata puede ofrecer infinitud de formas y de grados cuya apreciación quedaría sujeta a consideraciones personales completamente arbitrarias de los Jueces, si no se determina y adopta un criterio diferencial que sirva para definir la existencia de un daño de esta naturaleza sobre bases de realidad jurídica, y tal criterio no puede fundarse sino en las definiciones y reglas normativas que ofrecen la doctrina y la jurisprudencia". (18).

Pues bien, no hay razón para creer que el criterio de la doctrina sea menos arbitrario o más valioso que el de los Jueces. La Corte con lo dicho, no hace más que evadir la solución de un problema que, de otra parte, parece insoluble a la luz del derecho positivo.

Pareja incertidumbre se presenta en la reparación del daño moral. Es cierto que el art. 94 C. P., dice que cuando no fuere fácil o posible su avalúo, "podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos". Pero como hay un criterio decisivo para apreciar la intensidad

(18) (Ortega Torres, Código Civil, Temis, Bogotá, 1957, p. 964).

del daño moral, los Jueces optan a menudo por la condena máxima autorizada por el art. 94 C. P. En otras ocasiones se advierten condenas por cuantías menores, fundadas en consideraciones ridículas. Por ejemplo, ha llegado a decirse que el dolor sufrido por la muerte del padre es menos intenso en los hijos menores que en los adultos y que, por consiguiente, aquéllos merecen ser indemnizados en inferior cantidad. (19)

Se advierte, pues, que la institución del daño moral es bastante imprecisa y de difícil aplicación en la práctica. De hecho, la jurisprudencia de la Corte la ha rechazado en lo atinente a la responsabilidad contractual. (20)

10) Por regla general, quien alegue haber sufrido un perjuicio debe probar su existencia y su cuantía. Este principio rige en todos los ámbitos de la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, en la contractual sufre dos excepciones: la una, relativa a las obligaciones dinerarias; la otra, referente a la cláusula penal (vid. supra. nos. 1 y 8).

En otra época, la Corte llegó a sostener que "la ley presume que toda infracción del contrato origina perjuicios al acreedor" (21) Pero en un fallo más reciente, el 26 de enero de 1967, varió la doctrina anterior. He aquí el pensamiento expuesto en el fallo precitado:

"El incumplimiento del contrato no siempre le infiere perjuicios al acreedor. Casos hay en que no produce daño alguno, o en que, por el contrario, le proporciona beneficios al propio acreedor. De aquí que no pueda considerarse el perjuicio como un efecto forzoso e inexorable del incumplimiento y que este último no sea tenido ni figure legalmente consagrado como una presunción de que se han causado daños. Prueba de ello es que sólo en dos casos excepcionales la Ley presume que el incumplimiento de una obligación ocasiona perjuicios al acreedor. La primera de tales excepciones aparece consagrada por el art. 1617 del C. C. Efectivamente, como el objeto de la indemnización consiste en el pago de una suma de dinero, sucede que el incumplimiento de una obligación que tiene este mismo objeto no daría lugar a exigir sino una cantidad pecuniaria igual a la debida, razón por la cual no hay necesidad de demandar en tal caso el

(19) (Cfr. Ortega Torres, op. cit., p. 970).

(20) (Cfr. Ortega Torres, op. cit., p. 969).

(21) (Vid. Ortega Torres, op. cit., p. 657).

resarcimiento, sino el pago del guarismo que se debe. Y como el dinero es cosa fructífera, el precepto citado autoriza demandar en el mismo supuesto el pago de intereses moratorios y, por vía de excepción, dispone en su ordinal segundo que, cuando se cobran dichos intereses, el acreedor no necesita justificar perjuicios". (22)

La segunda excepción de que habla la Corte es relativa a la cláusula penal, pero ya vimos (supra) que esa Institución no siempre tiene carácter indemnizatorio.

11) Nos ocuparemos enseguida de la reparación del daño. Se trata de saber en qué medida y cómo debe ser reparado el perjuicio ocasionado por el ilícito administrativo.

El daño debe ser reparado en su integridad, siempre y cuando reúna los requisitos de certidumbre y de causalidad con el ilícito que indicamos atrás. Este principio rige en todos los órdenes de responsabilidad; sin embargo, tiene excepciones. En la responsabilidad extracontractual, "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente" (art. 2357 C. C.). La norma citada consagra la llamada compensación de culpas, cuya apreciación corresponde al juzgador; la ley no brinda criterio alguno para hacer la gradación cuantitativa del caso (23). La segunda excepción tiene lugar en materia contractual, en los casos en que no es posible exigir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios (art. 1600 C. C.). En tales hipótesis, la pena reemplaza a la indemnización y su valor puede no coincidir con el perjuicio.

12) En teoría la reparación del daño puede revestir dos formas: a) reparación en especie; b) reparación por equivalente, principalmente en dinero.

La reparación en especie "consiste en lograr suprimir, en borrar, el daño causado por la culpa del demandado, en lugar de dejar subsistente ese dato procurándole a la víctima un simple equivalente... Se entiende con ello una condena que obliga al demandado, ya sea a cumplir su obligación positiva, ya sea a abstenerse del acto que fuere contrario a su obligación negativa, o destruir lo que haya hecho contraviniendo esta obligación". (24)

(22) (Derecho Colombiano, No. 63, marzo de 1967, p. 335 y ss.).

(23) (Vid. Ortega Torres, Código Civil, Ed. Cit., p. 987).

(24) (Mazeaud-Tunc, op. cit., T. III, vol. I, p. 481).

Mediante la reparación por equivalente, "el Juez no tratará de borrar el daño sufrido por la víctima. Pero se esforzará en compensarlo; tomará las medidas destinadas a procurarle a la víctima una ventaja que sea el equivalente del perjuicio padecido; condenará por ejemplo, al responsable a abonarle una cierta suma de dinero a la víctima, por daños y perjuicios. El perjuicio no desaparecerá; pero quedará compensado". (25)

13) La reparación en especie es la regla general en la responsabilidad por violación del principio de legalidad. En este campo se busca fundamentalmente el restablecimiento del derecho lesionado por la actividad administrativa ilícita (art. 67 C.C.A.). Esto no significa que la víctima deba, en todo caso, solicitar la reparación en especie y acudir a la reparación por equivalente sólo por vía subsidiaria. Veremos enseguida como en las demás responsabilidades la víctima puede elegir entre ambos modos de reparación, salvo en los casos en que sea imposible la reparación en especie. No encontramos razones de peso que justifiquen una solución distinta para la responsabilidad por violación del principio de legalidad.

En materia contractual la víctima puede elegir entre la reparación en especie y la reparación por equivalente. En el primer caso, tratará de obtener el cumplimiento de la obligación en su sentido originario. Cuando la reparación en especie es imposible, el acreedor solamente puede acudir a la reparación por equivalente.

En las obligaciones dinerarias únicamente cabe la reparación en especie, según se vio atrás.

En la responsabilidad extracontractual se ha vacilado acerca de si la víctima puede optar por la reparación en especie o si necesariamente debe acudir a la reparación por equivalente. La práctica judicial en nuestro país se inclina por la segunda forma de reparación. Con todo, ningún texto se opone a la reparación en especie en este ámbito de la responsabilidad. Las normas sobre responsabilidad extracontractual hablan simplemente de la obligación de reparar o indemnizar el daño causado por el comportamiento culpable y es claro que la reparación más ajustada a la realidad es la reparación en especie.

Parece indudable que la víctima puede solicitar la reparación en especie. Empero, es menester averiguar si debe hacerlo en forma prin-

(25) (Mazeaud-Tunc, op. cit., p. 480).

cial, acudiendo a la reparación por equivalente sólo por vía subsidiaria o si puede elegir entre ambas formas de indemnización.

Nosotros creemos que la víctima puede optar, bien por la reparación en especie, ora por la reparación por equivalente. Sin duda, al momento de producirse el daño surge una obligación a cargo del autor del ilícito y en favor de la víctima, consistente en reparar el daño. La reparación de daño, en principio, debe ser en especie, que es la manera más exacta de indemnizarlo, pero el obligado, si no cumple inmediatamente, incurre en mora desde ese momento. Ahora bien, el incumplimiento le abre la vía a la víctima para pedir la reparación en especie o la reparación por equivalente, como en cualquiera otra obligación.

En los casos en que no sea posible la reparación en especie, a la víctima sólo cabe solicitar la reparación por equivalente; tal acontece, por ejemplo, en el daño moral o en las lesiones corporales.

Mazeaud-Tunc, opinan que la reparación en especie debe ser ordenada por el Juez y puede ser ofrecida por el demandado, incluso contra el querer de la víctima, porque el principio general ordena reparar el daño y éste es el modo más eficaz de reparación (26). Nosotros nos apartamos de esa opinión, por las razones que acabamos de exponer.

14) La reparación por equivalente tiene lugar cuando la víctima opta por ella o cuando es imposible la reparación en especie. Por regla general, se trata de compensar el daño sufrido por la víctima, mediante el pago de una suma de dinero. Es preciso, entonces, avaluar los daños y ordenar al responsable al pago de la cantidad correspondiente.

En algunos casos excepcionales, la reparación puede hacerse por equivalentes no dinerarios. Pérez Vives señala los casos más importantes, así: "1º El evento del modo (art. 1151 inc. 2º, C. C.); 2º El de las obligaciones de no hacer (art. 1612 inc. 3º, C.C.); El de la adjudicación judicial al acreedor del bien empeñado o hipotecado (arts. 2422, 2425, y 2450 C. C.); 4º El de la subrogación real que se opera cuando se paga el seguro del inmueble hipotecado (art. 2446 C. C.); 5º El de la substitución del objeto de la obligación por otro equivalente". (27).

(26) (Mazeaud-Tunc, op. cit., p. 485, Nros. 2305 y 2306).

(27) (Pérez Vives, op. cit., Vol. III, p. 229 y ss.).

A los ejemplos ofrecidos por Pérez Vives podemos agregar el siguiente: Cuando la cláusula penal tiene sentido indemnizatorio y consiste en una prestación distinta de dar una suma de dinero, la reparación se traduce en un equivalente no pecuniario.

Ahora bien, salvo los casos en que es admitida la reparación por equivalente no pecuniario, la indemnización debe hacerse en dinero. El Derecho Colombiano no autoriza a tomar la obligación de reparar el perjuicio ocasionado por el daño como una obligación alternativa en la que se debe dinero u otro objeto a la elección de la víctima. No creemos que entre nosotros pueda adoptarse la solución de las jurisprudencias francesa y alemana en el sentido de que la víctima pueda optar, de modo general, por obtener indemnizaciones por otros equivalentes que en dinero (28).

15) Veamos algunas modalidades de la reparación pecuniaria. Ya se dijo que con ella se busca otorgar a la víctima una satisfacción en dinero que se mira como equivalente al daño sufrido. Esa reparación opera de diversas maneras en el daño emergente y en el lucro cesante.

En el daño emergente la indemnización consiste en el pago del valor del bien deteriorado o perdido al momento del fallo. Además, hay que reparar los gastos razonables ocasionados por el ilícito. Todo ello se traduce en el pago de un capital.

Las lesiones corporales y la pérdida de la vida no son, en principio, susceptibles de avalúo pecuniario en razón de daño emergente. Dan lugar solamente a la indemnización de los gastos ocasionados. Sin embargo, si generan lucro cesante, cabe avaluarlas en concepto de fuente de provecho y en tal caso su reparación equivale a la del daño emergente. Examinaremos esta hipótesis más adelante.

El lucro cesante causado hasta el momento del fallo debe repararse mediante el pago de un capital que compense la ganancia frustrada. Pero es posible que se extienda más allá de la sentencia. En tal caso, debe ser indemnizado hasta el momento de la reparación de la fuente productiva. La indemnización puede consistir en el pago de un capital que produzca el equivalente del lucro esperado o en el pago de una renta periódica que le compense. Una vez reparada la fuente del provecho, cesa la obligación de indemnizar el lucro cesante. Así, por ejemplo, la destrucción de un vehículo público, genera,

(28) (Cfr. Mazeaud-Tunc, op. cit., Nros. 2317 a 2320; Larenz, Karl, op. cit., T. I., p. 228).

desde luego, daño emergente: el valor del vehículo. Pero da lugar también al lucro cesante: lo que normalmente pudo haber producido el vehículo de no mediar el daño. Pues bien, ese lucro cesante se extiende hasta el momento de la reparación del daño emergente; la indemnización pecuniaria reemplaza al vehículo y se entiende, por consiguiente, que la productividad del capital entregado es igual a la del vehículo.

Miremos las hipótesis de daños corporales, incluso la pérdida de la vida, que producen lucro cesante. Este consiste en el provecho o la ganancia que el propio lesionado o las personas que de él dependen dejan de reportar a causa del daño. Este lucro cesante debe ser indemnizado. Cabe hacerlo de dos maneras: mediante el pago de una renta o mediante el pago de un capital.

En el primer caso, el lesionado recibirá una pensión periódica por el tiempo que dure la lesión después del fallo. El lucro perdido al tiempo de la sentencia se paga en forma de capital. Las personas que dependían del difunto podrán exigir, durante el tiempo de la vida probable de éste, y mientras tuvieran legalmente el derecho de recibir su protección, una pensión equivalente al auxilio que, en condiciones normales les habría prestado la víctima. Hasta el momento del fallo, esta pensión se traduce en el pago de un capital: se trata del lucro cesante ya causado. La forma de renta periódica puede comenzar a operar con posterioridad al fallo.

En el segundo caso, en lugar de la renta periódica, se condena al responsable al pago de un capital que compense el lucro perdido para el futuro. Se entiende que ese capital podrá producir una renta equivalente a la pérdida. Esta es la solución más frecuentemente utilizada por nuestros tribunales y quizás sea la más práctica. Con todo, por nuestra experiencia personal, no creemos que haya sido correctamente aplicada. Este sistema, en realidad consiste en reparar el daño emergente configurado por la pérdida de una fuente de provecho o de ganancia. El no haberlo entendido de esa manera ha sido motivo de error en la aplicación del sistema. En efecto, el cálculo de la suma que compense las rentas frustradas se hace a menudo desde el momento de la realización del daño (muerte o incapacidad) y no se alude especialmente al lucro cesante, por considerarlo incluido dentro de esa suma. Ahora bien, el lucro cesante corre desde la producción del daño, vale decir desde la privación de la fuente. Cuando ésta sea reparada mediante el pago de la suma de que se habla, los intereses de dicha cantidad permitirán compensar el lucro cesante

en cuanto al futuro, pero no en relación con el pasado. Por consiguiente, hay que condenar por concepto del lucro cesante hasta el momento del pago de la suma que puesta a interés va a compensar la pérdida de la fuente de provecho. Esta suma, por otra parte, solamente puede precisarse en el momento de su pago, porque va a compensar el lucro cesante para lo futuro, más no para el pasado. Sin embargo, como no hay procedimientos adecuados para hacer las liquidaciones correspondientes, creemos que la suma pagadera por concepto de daño emergente puede liquidarse al momento de la ejecutoria del fallo y que hasta ahí se condene al pago del lucro cesante ya causado. En efecto, en esa ocasión nace el derecho de exigir ejecutivamente el cumplimiento de la sentencia. Si en esa oportunidad no se repara el daño emergente es posible exigir el pago de intereses moratorios por el incumplimiento. En cuanto al lucro cesante, este no puede producir intereses: lo contrario sería admitir al anatocismo.

La suma que puesta a interés va a compensar el lucro cesante, es decir, que va a reparar la fuente de provecho, se calcula generalmente teniendo en cuenta la vida probable de la víctima, el tiempo que legalmente podrían esperar protección de ella sus familiares y el valor de la protección que la víctima les brindaba. Para ello la jurisprudencia suele acudir a las llamadas tablas de Garuffa y a las tablas de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Bancaria para las Compañías de Seguros. Así lo ha dicho la Corte en varias ocasiones. (29).

ADVERTENCIA FINAL

Ya en prensa la presente edición de la revista Estudios de Derecho, el Gobierno Nacional expidió el nuevo Código de Comercio (D. 410/71), cuyo art. 860 dice que "en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás". De ahí puede inferirse que la licitación obliga a la Administración a celebrar el contrato correspondiente, lo cual modifica sustancialmente la doctrina que expusimos en el Cap. IV, N° 6, pues la responsabilidad en que incurre la Admón. por violación del concurso o por negarse a contratar con el mejor postulante viene a quedar comprendida dentro del ámbito de la responsabilidad contractual.

(29) (Vid. Ortega Torres, Código Civil, Ed. cit., p. 961).

VIOLACION DE LA LEY COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Profesor: Jairo E. Duque Pérez.

Además de los vicios de ilegalidad específicamente señalados y estudiados, el acto administrativo está afectado cuando su *contenido* está en contradicción en todo o en parte, con las normas jurídicas preestablecidas que constituyen las fuentes de la legalidad administrativa.

Todas las causales de nulidad implican una violación, un desconocimiento de la ley. En efecto, la incompetencia es una violación de la ley que señala las atribuciones de los órganos administrativos; el vicio de forma entraña desconocimiento de la ley de procedimiento; y, la desviación de poder es adulteración de la finalidad o espíritu de la ley. Pero concretamente se hace referencia bajo la denominación de "violación de la ley" que otros denominan "violación de la regla de derecho", a todos aquellos casos en que el contenido del acto administrativo, es contrario a normas jurídicas de carácter superior.

La Constitución y la Ley señalan una "escala" de normas jurídicas que parte de la Carta Fundamental y va hasta las providencias que dictan los subalternos de la administración municipal. Todo acto administrativo, atendiendo a su naturaleza, debe ajustarse a lo dispuesto por las normas superiores en los distintos grados de obligatoriedad según la jerarquía aludida. Dice el art. 240 del C. de R. P. y M.:

“El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior.

“En asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del Alcalde y las órdenes de los superiores.

“Cuando la ley autorice al Gobierno o algún empleado del orden político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la Ley u ordenanza en virtud de la cual se expidieron.

“Si el conflicto es entre leyes u ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere a la de mayor categoría”.

Para una debida comprensión del vicio en estudio, se impone en primer lugar, la necesidad de precisar el concepto de “Ley”. Este concepto puede apreciarse por su aspecto *formal* o desde el punto de vista *material*; formalmente ley es todo acto emanado del Congreso y en cuya expedición se han actuado las formalidades y tramitaciones señaladas por la Constitución. Por el aspecto material se considera “ley” todo acto estatal creador de situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas.

La “violación de la ley” como motivo de impugnación del acto administrativo impone la adopción del criterio material. En consecuencia, todo acto administrativo debe ceñirse a las normas jurídicas de carácter superior, creadoras de situaciones jurídicas generales.

La violación de simples “instrucciones de servicio” actos que no envuelven propiamente decisión y son normas de orden interno destinadas a regir el funcionamiento de un servicio estatal, no generan la causal de nulidad en comento.

Contra lo que usualmente se practica, la Administración debe respetar los reglamentos que ella ha consagrado y se tipifica entonces la causal de nulidad, cuando se viola el mismo reglamento adoptado por la Administración a menos que previamente se derogue. Igualmente la aplicación del reglamento no puede convertirse en una dispensa para casos especiales; ello implica violación del orden jurídico y da derecho a los particulares para accionar contra el acto particular que así se expida.

VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS SUPERIORES DE DERECHO

Como es sabido, hay un espíritu general que preside el derecho objetivo y a la vez sirve de pauta al juez en la decisión de los conflictos que están bajo su conocimiento. Los romanos y los griegos desde la antigüedad, distinguían lo natural y lo puramente legal de la justicia. La idea de justicia se apoyaba en la naturaleza de las cosas, en la naturaleza humana. Dice Cicerón en “De Legibus, lib. I 16, 43 “si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación del testamento, siempre que tuvieran a su favor los votos o los plácemes de una masa popular”... “la ley es la esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del hombre prudente, la regla de lo justo e injusto”.

Hay pues un conjunto de principios que no están propiamente legislados pero que son el fundamento mismo, del derecho positivo. Debe el acto administrativo conformarse con esos principios, y ser su violación causal de nulidad susceptible de encuadrarse en el motivo de nulidad que estamos analizando?

Dada la función pretoriana del Consejo de Estado Francés, esta entidad a falta de texto expreso, invoca los principios generales de derecho considerándolos verdaderas reglas objetivas que se imponen a su voluntad (1).

De acuerdo con la teoría de la *plenitud hermética del derecho*, si pueden presentarse lagunas en la ley, ello no puede suceder en el derecho. El legislador colombiano mucho antes de estructurarse esta teoría la había intuído en la Ley 153 de 1.887 cuando ordena en el art. 8º que a falta de ley exactamente aplicable al caso controvertido, “se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las *reglas generales de derecho*”.

Naturaleza de la violación de la ley.

La violación de la regla de derecho puede presentarse en los casos siguientes:

(1) Letourneur “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.”

- a) Cuando el acto administrativo la desconoce *directamente*.
- b) Cuando el acto administrativo la contraría *indirectamente* por error de interpretación o error de derecho; y,
- c) Cuando el acto administrativo la hiere *indirectamente* por error de hecho (falsedad en los motivos del acto). (2).

Nos referiremos brevemente a cada una de estas modalidades:

- a) *Contradicción directa de la ley.*

Es la oposición notoria, el desconocimiento flagrante de una norma jurídica de carácter superior por el acto administrativo objeto de la impugnación jurisdiccional. Surge de la simple comparación del acto administrativo y la disposición superior.

- b) *Error de interpretación.*

En este evento ya no se presenta oposición entre los dos textos (acto administrativo y norma superior), sino en el espíritu de ellos. Nace cuando mediante la aplicación de los principios jurídicos sobre interpretación de la Ley, se llega a la conclusión de que el acto acusado es contrario a la norma de carácter superior.

El estudio de esta modalidad a diferencia de la anterior, implica razonamientos más de fondo para poder el Juez administrativo inducir la causal de nulidad.

- c) *Falsedad o ilegalidad de los motivos del acto.*

Entendemos por "MOTIVOS" los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto que han impulsado a su autor a producirlo. La motivación del acto será entonces la declaración en su texto, de las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la Administración a su emisión.

(2) Para Argañarás la violación legal puede ser de tres maneras: 1º) Cuando la autoridad administrativa al producir el acto se aparte **DELIBERADAMENTE**, en todo o en parte, de la norma legal que rige el acto; 2º) Cuando al producirse el acto, incurre en una equivocada interpretación, o sea, en *error de derecho*; 3º) Cuando por *error de hecho* acerca de la existencia, o de la apreciación de las circunstancias que, según la norma legal, debían determinar la producción del acto, ha incurrido por ello en una falsa aplicación de la norma.

Los actos administrativos deben ser motivados, es decir, deben expresar las causas que los determinan salvo excepcionales casos, como los actos tácitos, en que no es posible tal motivación. Con la motivación la Administración Pública hace más recta, clara y despejada su actuación y ofrece como lo dice García Oviedo, garantías de su imparcialidad y de la procedencia del acto. (3).

La falsedad de los motivos no implica ya un error de derecho como en los anteriores casos, sino un error de hecho y se presenta cuando los motivos expuestos como fundamento del acto, resultan inexactos, contrarios a la realidad.

La doctrina tiene establecido que esta forma de ilegalidad reviste las siguientes modalidades: a) por *ausencia total* de las circunstancias de hecho previstas por la ley como fundamento del acto; b) por no tener los motivos en que se fundó el acto, la trascendencia que les atribuye la ley y haber subvalorado su implicancia el órgano administrativo. La primera modalidad supone una facultad reglada de la administración en cuanto una norma había precisado los motivos que podían determinar la expedición del acto; la segunda en cambio, puede encontrarse aún en actos discrecionales de la Administración pues como bien lo anota Guiccardi, citado por García Oviedo (4), la oportunidad de la motivación, crece en razón directa a la discrecionalidad del acto.

La motivación del acto se justifica en la consideración de que la gestión de la Administración debe estar presidida por los principios de la ética y la recta orientación hacia el bien común; no es aceptable que la Administración Pública puede actuar sobre la mentira, partiendo de bases falsas o inexistentes y por ello se puede considerar como lo comenta Waline que "toda vez que se haya probado que la medida administrativa ha sido tomada a consecuencia de una falsa apreciación de los hechos que habrían podido motivarla legalmente, dicha medida se anulará por exceso de poder". (5).

(3) Derecho Administrativo, 6ª edición, tomo I, pág. 237.

(4) Ob. citada, pág. 238.

(5) Rollan anota sobre lo mismo: "en el estado actual de la jurisprudencia el examen por el Consejo de Estado de la legalidad de una decisión implica el de los motivos. La ilegalidad de los motivos entraña la anulación de la decisión". Agustín A. Gordillo en su obra "El Acto Administrativo" (pág. 313) precisa más el fundamento de la motivación del acto al decir "La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de Derecho: no creemos en consecuencia que

Por otra parte, la motivación del acto administrativo permite el examen jurisdiccional de su regularidad y es a la vez pauta que el Juez tiene en cuenta para decidir sobre su legalidad. (6).

Nuestra doctrina y jurisprudencia confundieron inicialmente, la ausencia o falsedad de la motivación con la "desviación de poder", vicio este último que se refiere al fin del acto administrativo y que por su carácter subjetivo deja con aparente regularidad, desde el punto de vista externo, la decisión administrativa (7); en cambio, la motivación alude como se ha visto, a las circunstancias de hecho o de derecho que debe tener en cuenta el funcionario al proferir las providencias administrativas; si tales motivos no se dan, el acto es nulo por falta de motivación.

El primero en mencionar esta causal de nulidad como fundamento del recurso por "exceso de poder" (acción de nulidad o de plena jurisdicción en el derecho colombiano), fue el tratadista francés Maurice Hauriou quien al principio encontró serias resistencias, hoy ya no se discute la necesidad de que, los motivos del acto administrativo se ajusten a la realidad; y el criterio de los tratadistas y de la jurisprudencia es unánime al respecto.

Jean Appleton desde 1.927 se expresaba así: "El control jurisdiccional de los administrados sobre los actos de la Administración sería muy insuficiente si no se pudiera lograr la anulación de un acto fundado en hechos manifiestamente inexactos, y muy precaria si fuera suficiente a un hábil administrador inventar los hechos o disfrazarlos para poner una decisión incorrecta al abrigo de la censura del Consejo de Estado".

Nuestra jurisprudencia a partir de la vigencia del actual C. C. A., ha seguido esta orientación. En 1.947 dijo el Consejo de Estado sobre la

la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos o intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos, a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los actos administrativos o denegatorios de derecho", es indiscutible e indiscutida la necesidad de una motivación razonablemente adecuada".

(6) Rafael Bielsa le da ese fundamento a la motivación del acto, dice así: "El Poder Administrador debe explicar la conformidad de sus actos con la Ley. Y no sólo debe explicarla por virtud del gran principio general según el cual toda administración sometida al derecho en un régimen republicano representativo debe dar cuenta de sus actos, sino porque esos actos están sometidos al control jurisdiccional por Tribunales Contencioso-Administrativos o Judiciales, y no sería posible examinar su legitimidad para considerarlos, ni en caso contrario para anularlos, si no se explicasen los motivos, es decir, su causa, su validez". (Derecho Administrativo T. II, pág. 35).

(7) Gabino Fraga distingue la *ilegalidad de los fines* (desviación del poder) de la falta o indebida interpretación de los motivos (Derecho Administrativo, p. 220).

acción de nulidad de un decreto de destitución de un funcionario público, falsamente motivado: "... lo que realmente sucede es que el Gobierno designó reemplazo en la Oficina Seccional del Trabajo, afirmando que la revocación del nombramiento era hecha por renuncia del titular. Como el actor afirmó en su demanda que no era cierto que la renuncia se produjo, según las pruebas que obran en el expediente, es indudable que el acto acusado es nulo porque se funda en un motivo que no es cierto, que no es fundado y por consiguiente el Decreto se destruye a sí mismo, se torna ilógico y contradictorio. La razón es muy clara: el Gobierno NO TENIA LA NECESIDAD DE DAR EXPLICACION O FUNDAMENTAR LA MEDIDA QUE CONTIENE EL DECRETO ACUSADO, ya que podía legalmente destituir al Dr. N. N., en uso de la facultad discrecional; pero no hizo uso de esta facultad, sino que motivó la separación del actor del servicio público, en un hecho que no resultó ser cierto".

Y en salvamento de voto de diciembre de 1.955, posteriormente erigido a jurisprudencia que se ha venido reiterando, expresó la misma Corporación:

"La facultad discrecional de que goza la Administración pone en sus manos el poder retirar a un funcionario sin que para ello necesite dar explicaciones. Pero es igualmente cierto QUE CUANDO LA ADMINISTRACION EXPRESA MOTIVOS PARA PRESCINDIR DE LOS SERVICIOS DE UNA PERSONA, ESTOS DEBEN ESTAR INSPIRADOS EN HECHOS VERDADEROS. Entre otras razones que existen para ello, hay una elemental: si la jurisdicción contencioso-administrativa como parece olvidado, es el control o freno de la Administración, para evitar los excesos en que ella puede incurrir, considera amparados por la presunción de legitimidad todos sus actos, tiene el deber de pedirle también que sea verdadera en los motivos que invoque para tomar una determinación, pues de lo contrario no haría cosa distinta de colaborar en el relajamiento de esa Administración. Si comienza por robustecer con su autoridad las mentiras de aquélla, abre brecha cuyos resultados nocivos es difícil prever. Un agente público que funda sus actos en la mentira no puede tener en manera alguna, la confianza de los administrados. Y al tolerarse, por esta jurisdicción, semejantes procedimientos, se aparta de los fines que le son propios y fomenta el desequilibrio democrático" (8).

(8) Anales del Consejo de Estado, Tomo LXI - BIS, pág. 126.

recho es una interpretación y aplicación de la ley y, por otra parte, porque ella viene a establecer una situación legal sobre la cual se apoyan los derechos adquiridos". (14).

Si la sentencia es pues la concreción de la ley, su aplicación a un caso particular y por otra parte se apoya en la presunción de derecho de que ella decide con verdad el litigio, su desconocimiento por la administración entraña una violación de la ley. Igualmente si en los juicios contencioso-administrativos, las decisiones de los organismos jurisdiccionales (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos) son típicos actos jurisdiccionales que vinculan a la Administración y al particular condescendiente de conformidad con lo estatuido por los arts. 99 y 120 del C. A., su desconocimiento o violación implica la violación de la ley sustantiva.

Algunos ordenamientos jurídicos foráneos han elevado a causal de nulidad el desconocimiento de la cosa juzgada. Así por ejemplo, en el estado de Santa Fe (de la República Federal Argentina) se dispone:

"Contra la decisión administrativa que se opusiere al cumplimiento de la sentencia y que no fuere justificada de acuerdo con las disposiciones de este capítulo, procederá al recurso por ilegitimidad. (15).

LA DESVIACION DE PODER

La función administrativa es jurídica y lleva siempre implícitos los fines que ha creado el Estado de derecho: dar satisfacción al bien colectivo. Cuando el funcionario público dicta un acto sin impregnarlo del fin general o específico de la función que se le ha asignado, es evidente que ha puesto en contradicción dicho acto con el orden jurídico y ha despojado a su decisión del carácter jurídico que necesariamente debe tener, mostrando en este comportamiento, una intencional arbitrariedad.

Según lo anterior hay *desviación de poder* cuando el órgano administrativo, obrando dentro del campo de sus atribuciones y respetando las formas establecidas en la ley, toma una decisión administrativa (generalmente: "Por excepción, en algunos casos la motivación sólo puede ser ultermente acto jurídico) para la cual estaba autorizado con miras a un fin

(14) En el mismo sentido opina Giorgi, ob. c. pág. 207.

(15) Cita de Argarañás. Ob. c. pág. 431.

contrario e incompatible al *fin específico* previsto en la norma (expresa o implícitamente) o al *fin genérico* que motiva su competencia; o, empleando las palabras de Jean Dabin, hay desviación de poder cada vez que el titular de un derecho función pone al servicio de un fin distinto al de su función, el margen de libertad de acción o de poder discrecional que se le ha otorgado (16) y (17).

Estatuye el art. 66 de la Ley 167 de 1.941 que la acción de nulidad procede contra los actos administrativos... "*cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere*".

Esta causal de invalidez del acto administrativo, a diferencia de la incompetencia, vicios de forma y violación de la regla de derecho, es típicamente subjetiva en el sentido de que el Juez administrativo fiscaliza al menos en cierta medida, lo más íntimo del acto, las intenciones que movieron al autor, lo que no acontece con las demás causales que son, estrictamente hablando, *objetivas* porque dispensan al fallador de un análisis subjetivo o psicológico de los propósitos que guiaron al funcionario público en la expedición del acto administrativo. (18).

La teoría de la desviación de poder que Josserand denomina "desplazamiento de poder" está apoyada en la consideración del fin como elemento esencial del acto administrativo, consideración ésta que se ha

(16) "Derecho Subjetivo", pág. 309.

(17) Dice Alibert (Le contrôle juridictionnel de l'Administration) que "la desviación del poder (détournement de pouvoir) es el hecho del agente administrativo que realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario calificado tenía el derecho de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto de aquél en vista del cual le han sido conferidos, o para retener la fórmula de la jurisprudencia, para un fin distinto que el interés general o el bien del servicio. La teoría de la desviación de poder es la defensa de la moralidad administrativa". Ob. c. pág. 236.

(18) Como dice DE LAUDEBERE, "esta investigación es esencialmente diferente a la simple confrontación con la regla de derecho de los elementos objetivos del acto, tales como la competencia, la forma o el contenido. Aquí se trata de investigar las intenciones subjetivas del agente público, sus móviles psicológicos". (Traté élémentaire de Droit administratif, pág. 389).

tenido por la doctrina como una de las más grandes conquistas del derecho público moderno ya que ha contribuido eficazmente, como lo anota Sayagués Laso, a eliminar el concepto autoritario del gobierno (19). Es el más fervoroso reconocimiento que se ha hecho a las nociones de "MOVIL" y "FIN" en el derecho y el eje o núcleo de la doctrina del Consejo de Estado francés llegándose a decir de ella, que es "la más armoniosa construcción jurídica que se haya erigido en la plenitud de su jurisdicción soberana". (20).

Aunque la teoría según lo anotado, tuvo su origen en el derecho administrativo ella tiene un alcance general que desborda el campo de esta disciplina jurídica y se extiende a otras ramas del derecho y abarca no sólo los actos jurídicos de la administración pública, sino aún sus actividades materiales. (21) y (22).

El mayor auge de la teoría se presentó en Francia a principios del siglo, en vista de que era propicia para atacar actos administrativos

(19) Ob. cit. pág. 441, Tomo I.

(20) Josserand "El espíritu de los derechos y su relatividad", pág. 126.

(21) Dabin en su obra citada considera los siguientes casos entre otros, como aplicación de la doctrina de la desviación de poder en el derecho civil: ejercicio abusivo de la potestad paternal, tutelar e inclusive potestad marital que para Josserand son casos típicos de Abuso de los Derechos. La afinidad entre las dos figuras (abuso de derecho y desviación de poder) es indiscutible y ella ha sido advertida por muchos autores especialmente en el campo civil por Demog, y Hauriou en el administrativo. Para este autor las dos teorías se derivan de la idea de que, en la vida social, toda institución tiene un fin que no pueden desviar ni los particulares ni los administradores; si están pues, destinadas a realizar la noción de fin en el derecho, tienen forzosamente, que estar emparentadas. La principal diferencia que se advierte entre estas figuras es la siguiente: la desviación de poder finalizar con la anulación de la decisión ejecutoria incriminada; mientras que la acción fundada en un abuso de derecho tendería simplemente, a la obtención de una indemnización, a una reparación de perjuicios.

(22) La institución de la desviación de poder está íntimamente vinculada con el tan delicado tema de LA CAUSA. En el campo del derecho administrativo Hauriou, Beling, Bodda entre muchos otros, son partidarios de la teoría de la causa. El primero que fue de los que inició el tratamiento de este punto, afirma que la causa jurídica de un acto administrativo es el hecho determinante que ubica el acto en una categoría legal. Para efectos de la desviación de poder, sólo se atiende a los motivos subjetivos del acto.

Por su parte Bodda afirma que la causa consiste en el fin concreto, hacia el cual tienden los órganos administrativos en la realización de determinados intereses públicos.

Bonnard distingue entre los MOTIVOS y los FINES. Los motivos se hallan en la base de todo acto jurídico, son los antecedentes del acto; o como ya lo tenemos analizado en las precedentes conferencias, son las situaciones de hecho o de derecho, independientes de la voluntad del sujeto, que preceden y provocan el acto. El FIN es elemento subsecuente del acto, el principal, y consiste en el querer del agente, en lo pensado y querido por él.

inimpugnables por los medios ya comentados. Hoy es mucho menos aplicable puesto que el desarrollo de la causal "violación sustancial de la regla de derecho" permite el control de los motivos del acto. El Juez prefiere siempre adoptar, como lo dice Letourneur, una causal de legalidad estrictamente objetiva, antes que basar su decisión sobre el resultado de investigaciones de intención con lo que se mantiene necesariamente cierto grado de incertidumbre. (23).

Son numerosos los casos que la jurisprudencia francesa ha adoptado en aplicación de esta causal de nulidad. Por ejemplo: imposición de una sanción más grave a un funcionario público, por animosidad de la autoridad administrativa hacia el sancionado, o para satisfacer venganzas personales; prohibición del toque de las campanas de las iglesias por razones de sectarismo político o religioso; prohibición de una procesión del culto católico a pretexto de exigencias del tráfico, pero por móviles también políticos o religiosos; prohibición de una función de cine a la hora en que estaba anunciado un concierto de la Banda municipal para lograr mayor asistencia a este último. (24).

Clases de desviación de poder.

Si nos ceñimos a la definición dada de la institución en estudio, podemos inferir que la desviación de poder es de dos clases: a) desviación de poder *general*; y, b) desviación de poder *particular*. La primera se presenta cuando la autoridad administrativa se aparta de la finalidad general que debe perseguir en todas sus actuaciones: la finalidad de servicio público; (25) y es particular cuando "deja de perseguir el fin de-

(23) Revista citada, pág. 116.

(24) Señala Zanobini (Derecho Administrativo, pág. 240, Tomo I) como ejemplo de desviación de poder, el siguiente: "en tiempo de epidemia, un prefecto puede, con el objeto de evitar que se propague la enfermedad, prohibir el tránsito de personas de una a otra comuna de la misma provincia. La ejecución de esa medida, aparentemente justificada por razones de mejoramiento de la salud pública, puede ser ilegítima por desviación de poder, si se demuestra que las razones higiénicas, han proporcionado a la administración un simple pretexto para dictar el acto, mientras que la verdadera razón de ser del mismo era la de evitar una perturbación del orden público que podía ocurrir a causa del descontento ya manifestado en la población". Citado por Manuel María Díaz (El Acto Administrativo, pág. 322).

(25) Anotan DUEZ y DEBEYRE que lo más frecuente es que los textos que gobiernan el ejercicio de la actividad del agente no contengan la expresión de los motivos que han de ser determinantes del acto, en cuyo caso la desviación de poder aparece como una noción original que viene a limitar las facultades discrecionales del agente. Se estima entonces, que existe una regla general que

terminado, concreto y específico para cuya consecución le ha sido conferido por la ley el poder y la posibilidad de desarrollar esa acción" (26).

Considerando los fines que determinan al funcionario, órgano administrativo a la creación del acto, la desviación de poder puede nacer de un móvil *personal* como los ya apuntados anteriormente (deseo de venganza, animosidad, fin de carácter político, religioso, etc.), o de querer el agente favorecer el *interés particular de un tercero* en detrimento de otros; y pueden aún surgir cuando se protege un *interés de carácter general* pero diverso de aquél expresa o implícitamente establecido en la ley que asigna la función. (27).

Naturaleza jurídica de la desviación de poder

Hay dos posturas doctrinarias para explicar la naturaleza jurídica de la institución:

a) *La tesis de la moralidad administrativa* según la cual un simple criterio de legalidad no sería suficiente para justificar la fiscalización de los fines del acto y se impone al juez una orientación eminentemente moral para que inquiere o escrute los móviles subjetivos que determinaron al funcionario público autor del acto. Dice sobre esta tesis Garrido Falla: "La desviación del poder supone la subordinación del poder administrativo al bien del servicio, noción que sobrepasa la de legalidad y que permite restringir el poder administrativo en lo que tiene de más discrecional: los móviles de su actuación". (28).

b) *La tesis de la legalidad*. Los autores que la sustentan afirman que la desviación de poder es un mero caso de violación de la ley, y que la idea de moralidad no es suficiente para explicar las consecuencias jurídicas que este vicio produce pues es la ley la que eleva el fin del acto,

sin estar consagrada por los textos de una manera precisa y formal, domina toda la actividad de la administración; es a saber, que EL AGENTE DOTADO DE UNA COMPETENCIA SOLO DEBE ACTUAR TENIENDO EN MIRA UN FIN DE INTERES GENERAL" (citado por Argañarás, ob. c. pág. 432).

(26) Allan Randolph Brewer "Las Instituciones Fundamentales del derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana", pág. 70 y s. s.

(27) Según Zanobini (Curso de derecho Administrativo, pág. 142, T. II) "no es indispensable que el fin que la autoridad se propone sea ajeno a los intereses públicos; esto es, que sea para satisfacer intereses particulares. Muy frecuentemente se trata de un fin público, eventualmente también, muy ventajoso para la Administración, pero un fin público que es diverso de aquél que el acto debe proveer, según la ley".

(28) "Tratado de Derecho Administrativo". Volumen I, pág. 463.

a elemento esencial. En la hipótesis en que la ley de la función indica de una manera precisa el fin que el agente ha de alcanzar —dicen Duez y Deybere—, se puede decir que el agente que actúa con otro designio comete una violación de la ley, puesto que pone en contradicción con una disposición de fondo del acto regla. A nuestro modo de ver esta es la tesis que se debe aceptar. O se admite que la ley impone a la Administración un fin en el uso de sus poderes, o no; en el primer caso hay desviación de poder y por ende, vicio del acto administrativo por violación directa de la ley; en el segundo supuesto no hay infracción, pero tampoco podrá hablarse de desviación de poder.

La desviación de poder y nuestra jurisprudencia

Tanto en Francia como en Colombia la desviación de poder nació primero en la jurisprudencia para ser consagrada posteriormente, por la ley. Antes de la promulgación del actual C.C.A. ya el Consejo de Estado habría considerado, siguiendo naturalmente las pautas dadas por el Consejo de Estado francés, los fines del acto administrativo como necesarios para su nacimiento y llegó aún a anular decisiones que se adoptaban para fines distintos de los genéricos de la función pública o contrariando los fines específicos consagrados por la norma. En sentencia del 16 de Julio de 1943 dijo el Consejo de Estado que la "desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta no en vista de los motivos para los cuales se le ha investido, sino para otros distintos".

Cabe anotar que desde entonces se ha incurrido en una confusión de la desviación de poder con la falta de motivos del acto o falsedad en su motivación, fundamento de una modalidad de la violación de la ley. De este error a nuestro modo de ver, no se ha escapado la jurisprudencia del Consejo expedida dentro de la vigencia del art. 66 de la Ley 167 de 1.941. En efecto, en fallo de 1.961, dijo la aludida corporación:

"Lo que viola el acto proferido con desviación de poder es, en último análisis, el principio básico del estado de derecho según el cual el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad, de manera que en el campo administrativo, cualquier decisión ha de ser tomada únicamente en orden al normal y correcto funcionamiento del servicio público, es decir, debe ser siempre motivada por razones de

buen servicio. Quien impugna un acto administrativo por desviación de poder, afirma que el agente que lo expidió no obró en función de buen servicio sino por motivos ajenos a esta finalidad, de donde se desprende que en todo juicio de nulidad de un acto administrativo acusado por desviación de poder, deben juzgarse primordialmente los motivos determinantes del acto enjuiciado”.

“La denominación *falsa motivación* no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la desviación de poder”. (29).

Para que el acto resulte inválido por desviación de poder es necesario que el fin extraño sea su única razón ya que, si existen otros motivos lícitos, éstos son suficientes para que el acto no obstante la “bastarda” finalidad divulgada en su texto, se tenga por válido. En este sentido se ha pronunciado también nuestra jurisprudencia. (30).

Carácter subsidiario y restricciones probatorias de la desviación de poder

Dada la penetración de análisis de esta causal en cuya evidencia deben inquirirse aspectos subjetivos del acto, la doctrina ha establecido que sólo debe considerarse cuando no sea procedente ninguna de las otras; es decir, la desviación de poder supone un acto inobjetable desde el punto vista de la competencia, forma y ceñimiento a la ley, en su aspecto externo.

Ahora bien, si partimos de la presunción de legitimidad del acto administrativo (31), corresponde al actor probar la desviación del fin del acto acusado y la acción habrá de rechazarse ante la ausencia o insuficiencia de tal prueba.

El Juez administrativo está obligado a indagar sobre los motivos del acto pero en cumplimiento de esta tarea tan delicada, la jurisprudencia le ha señalado pautas acordes con la calidad excepcional de la causal de nulidad. En un principio el Consejo de Estado francés sólo declaraba la existencia de una desviación de poder si ésta resultaba del texto mismo del acto o de la diligencia de su notificación; luego, ampliando un tanto

(29) Jorge Ortega Torres “Código Contencioso-administrativo”, pág. 136.

(30) En la doctrina uruguaya Sayagués Laso sostiene el mismo punto de vista. Ob. c. pág. 451.

(31) El acto administrativo se presume legítimo pero ello no es óbice para que se declare su nulidad; simplemente mientras tal pronunciamiento judicial se hace, el acto está llamado a producir todos sus efectos legales.

sus facultades, consideró que la desviación podía admitirse si ella resultaba del examen de las piezas integrantes del expediente en cuya culminación se profirió el acto. Pero no aceptó la declaración o “confesión” del funcionario autor del acto, ni la prueba testifical aunque hoy se admite la prueba indiciaria así provenga de la testimonial. (32).

No parece jurídica la restricción probatoria en cuestión. Toda prueba que permita un control efectivo de la acción administrativa debe aceptarse, con mayor razón en este evento en que el funcionario se sale dolosamente del fin de su competencia; debe negarse sí por principios morales, la confesión del funcionario o al menos, recibírsele con beneficio de inventario.

Ya indicamos que el vicio que nos ocupa puede darse en la “operación administrativa” vale decir, en el comportamiento material de la Administración. En esta ocurrencia es posible que la acción administrativa deliberadamente se aparte del fin de necesidad pública, del interés general. (33).

Para terminar, deslindemos conceptos que usualmente se prestan a lamentables confusiones.

La *desviación de poder*, según lo atrás dicho, se presenta cuando el funcionario competente se aparta del fin previsto en la norma legal, o del hecho causa de dicha competencia, o sea, cuando el acto no tiene relación con el fin que se persigue o se pretende alcanzar.

Hay *usurpación de poder* cuando la manifestación de voluntad contenida en el acto jurídico administrativo, se profiere por quien no tiene competencia; y, el *exceso de poder* se tipifica cuando siendo el funcionario competente para la declaración de voluntad, va más allá de lo que

(32) Hauriou, ob. c. pág. 444; Laubadere, ob. c. pág. 111; Waline, ob. c. pág. 127.

(33) Sobre este aspecto comenta así, el Dr. Jesús Vallejo en su tesis de grado: “Este vicio no es extraño a la operación administrativa. La aplicación excesiva de una decisión de la Administración; la decisión ejecutoria injustificada, por falta de renuncia de los particulares a admitir el mantenimiento administrativo, son ejemplos de operaciones administrativas viciadas en sí misma por desviación de poder.

Demos por caso el de una obra pública ejecutada con lentitud imputable al ánimo de perjudicar a los comerciantes o industriales vecinos, para favorecer a los competidores o, incluso, para obtener ciertas ventajas para la Administración (v. gr. rebajar el valor de los predios vecinos con miras a una expropiación). A pesar de la regularidad del procedimiento, la operación resulta viciada y es acusable directamente, conforme al régimen del art. 68 del C. C. A.

establece dicha competencia, excede jurídicamente a los límites de dicha competencia.

Realmente todo acto administrativo producido en violación de los requisitos de competencia, forma, fin y contenido, revela un exceso de poder del funcionario autor de él.

CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION

No es suficiente a veces, que la legalidad se restablezca objetivamente anulándose el acto que infringe la ley; se impone además el restablecimiento del derecho del administrado lesionado con dicho acto; a esto tiende precisamente el contencioso subjetivo de PLENA JURISDICCION.

En el contencioso de plena jurisdicción más que la finalidad de hacer desaparecer un acto administrativo que ofende el orden jurídico, se busca la tutela del derecho subjetivo, civil o administrativo, desconocido por un acto formalmente administrativo (34). Para llegar al fin reparador del derecho lesionado se impone la nulidad del acto; pero esta nulidad no es general sino relativa a ese fin en cuya virtud no produce efectos contra todos sino únicamente contra la Administración.

La acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción tiene pues, por objeto, defender los derechos subjetivos del individuo a diferencia del contencioso de nulidad ya estudiado, que ampara el orden jurídico general. Se funda siempre en la violación de una norma general o individual, que haya conferido un derecho subjetivo al particular y no en la lesión de un mero interés legítimo; la decisión del juez por ende tiene en este caso, mayor alcance que en el primero porque debe abarcar no sólo la nulidad del acto sino la reforma, substitución o adición para que el perjuicio causado por él sea reparado debidamente (35) y (36).

(34) Cuando el daño del particular proviene de un acto material de la Administración o de un acto administrativo que no es susceptible de anularse, se perfila el CONTENCIOSO DE REPARACION DIRECTA que no debe, estrictamente hablando, confundirse con el contencioso de plena jurisdicción en donde se enjuicia un acto administrativo que ha sido la causa del perjuicio del particular. Posteriormente anotaremos las diferencias entre estos dos contenciosos que tienen de común el ser formas del contencioso SUBJETIVO.

(35) Según Alvarez Gendín se llama contencioso de PLENA JURISDICCION cuando la acción del recurso provoca una resolución del Juez Administrativo, pronunciándose sobre el fondo del acto que se considera lesiona un derecho, con facultades no sólo para confirmar o anular el acto impugnado, sino para refor-

El art. 67 del C.C.A. que consagra la acción en mención, reza así:

“La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquél que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho”.

La Comisión del Consejo de Estado que redactó el proyecto del que es hoy C.C.A., dijo lo siguiente sobre el contencioso de plena jurisdicción:

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

“Aparece así el contencioso de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, que el proyecto tiende a estructurar, separándose de los rasgos generales de la llamada acción privada por la ley y la doctrina colombiana. La ley 130 de 1.913 modeló esta acción haciéndola apta para invocar y obtener la invalidación de un acto administrativo por lesión de un derecho civil; pero como es obvio, tal acción, así limitada en su alcance

marlo y disponer cuanto sea necesario para reparar o restaurar el derecho vulnerado, incluso disponiéndose a proveer sobre la indemnización de daños y perjuicios del recurrente, si no se puede restaurar el derecho subjetivo lesionado; por eso se llama también contencioso de reparación. (Teoría y Práctica de lo Contencioso-Administrativo, pág. 94).

(36) Al decidir la acción de plena jurisdicción el Juez dispone de mayor poder. Dice sobre el punto el mismo autor, citado por González Pérez (Derecho Procesal Administrativo T. 1º, pág. 334): “El Juez no está limitado por ninguna barrera y puede ejercer en su plenitud el poder jurisdiccional tan extensamente como los Tribunales de Derecho Común”.

y sus efectos, estaba aún muy lejos del contencioso-de plena jurisdicción, porque en éste, sobre todo más que la finalidad de hacer desaparecer de la escena jurídica el acto irregular, se busca el efecto de tutelar subjetivamente un derecho desconocido o vulnerado por un acto jurídico de la Administración o por la ejecución de un hecho material, y declarar el que exista en favor del agraviado”.

Del texto transcrito se desprende que en el derecho colombiano el contencioso subjetivo de plena jurisdicción, ampara no sólo los derechos civiles sino también los derechos adquiridos con arreglo a las leyes administrativas, es decir, los producidos en las relaciones entre los particulares y el Estado, a diferencia de la legislación anterior que sólo protegía a los derechos civiles. (37).

Las normas de carácter civil a que se refiere la disposición preinserta, son las relacionadas con los derechos de los particulares por razón del “estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles” como lo expresa el art. 1º del C. C. y lo confirma el art. 35 del C. de R. P. y M., cuando ellas son desconocidas por un acto de la Administración Pública.

Las normas de carácter administrativo en cambio, son entre otras, las que reglamentan la carrera de los funcionarios públicos, del ejército, de la policía, maestros, bienes de uso público, bienes fiscales, del suelo, del subsuelo, en cuanto haya intereses particulares vinculados a ellos y desconocidos por una decisión administrativa. En este amplio campo tiene aplicación la acción de PLENA JURISDICCION: es suficiente que un derecho del particular esté amparado por una norma de carácter civil o administrativo y que se desconozca por un acto de la administración, para que proceda el contencioso aludido, siempre que la persona que lo ejercita sea titular de ese derecho.

Precisado el objeto de la acción de PLENA JURISDICCION, veamos ahora sus requisitos. Estos son de dos clases.

(37) Bajo el régimen de la ley 130 de 1.913 y de conformidad con la ley 80 de 1.935, el PERJUICIO en que se apoyaba el contencioso de PLENA JURISDICCION debía consistir necesariamente, en la violación de un derecho civil reconocido por la Constitución o la ley al administrado. Se hablaba entonces de la ACCION PRIVADA que se otorgaba a toda persona, fuera o no colombiana, que había sido perjudicada con la violación de un derecho civil de carácter patrimonial. (Ver Carlos H. Pareja, ob. c. tomo I, pág. 100).

I) Objetivos y II) Subjetivos.

De los objetivos podemos anotar: a) La acción debe fundarse en el derecho positivo vigente que confiere un derecho subjetivo al particular. Este derecho puede ser civil o administrativo, según lo antes dicho; b) Debe apurarse previamente la vía administrativa si el acto, por ser particular o subjetivo, tiene recursos por dicha vía. A este respecto se deben tener en cuenta las normas ya analizadas sobre vía administrativa, revocación directa de los actos administrativos, y decisión denegatoria tácita por silencio de la administración. c) El acto que se ataca debe ser *definitivo* para distinguirlo del *acto de trámite*, que no es impugnabile jurisdiccionalmente.

Entre los requisitos *subjetivos* la doctrina estudia los considerados necesarios para que el actor pueda tener la calidad procesal de parte pues en esta acción, contrariamente a lo que sucede en el contencioso de NULIDAD, no se impugna el acto solamente, sino que se demanda a la Administración como autora del acto lesivo de los derechos del particular.

En cuanto a la Administración Pública su calidad de parte se configura por su personalidad de derecho público y por su facultad para emitir el acto jurídico o asumir la conducta material, fuente o causa del desconocimiento del derecho del administrado.

Respecto del particular accionante ya hemos dicho que esta calidad surge del hecho de ser titular de un derecho subjetivo que el acto ilegal de la Administración, vulnera. Vale la pena analizar someramente, este requisito.

Derecho subjetivo vulnerado

La noción del derecho subjetivo ha sido objeto de álgidas controversias doctrinarias. La escuela clásica lo definía como un “*poder de voluntad*” (Windscheid, Saleilles) y lo centraba en un proceso natural de la voluntad del individuo lo que resultaba excluyente del derecho de los incapaces y de las personas jurídicas, carentes éstas, de voluntad física o natural.

La tesis de Ihering, opuesta a la anterior, concibe el derecho subjetivo como un INTERES JURIDICAMENTE PROTEGIDO sustentándolo en dos elementos: a) el *sustancial* que se refiere a la utilidad que es

susceptible de reportar al titular; y, b) el *formal* que dice relación a la protección jurídica, para su defensa.

De acuerdo con el anterior planteamiento el problema del derecho subjetivo se desplaza a la acción judicial. Como dice Fiorini, la seguridad de que este interés se encontraba garantizado a través de la acción judicial, identificaba a ésta en forma indirecta, con el mismo derecho subjetivo. (38).

La teoría del derecho interés resultaba así fundada en el individualismo y en especial, sobre contenidos patrimoniales, pero la realidad mostraba muchos derechos amparados con una acción que no representaba ningún interés o goce económico para el titular del mismo. Por este motivo se rechazó la tesis de Ihering. (39).

Duguit y Kelsen niegan la existencia del derecho subjetivo apoyado en la voluntad individual y sostenido por la existencia de un interés natural. El primero considera que tal noción implica la jerarquización de voluntades dentro del grupo social; y el segundo porque destaca como fundamento de ese derecho, el orden normativo y las situaciones jurídicas; el derecho subjetivo aparece como una creación del derecho. (40).

(38) Fiorini A. Bartolomé "Qué es el contencioso?" pág. 48.

(39) Por tratarse de un tema que es ampliamente estudiado en el Derecho Administrativo General y particularmente en nuestra Facultad por el profesor titular Dr. Tobón Arbeláez, estimo innecesario extenderme sobre él. Incluyo a modo de fuente de investigación como complemento de la teoría de Jéze sobre el particular, lo que precisa G. Falla, sobre las situaciones jurídicas subjetivas. Dice así: "El ordenamiento jurídico está constituido por normas de Derecho Objetivo. En líneas generales puede decirse y en relación con los distintos sujetos que actúan en el comercio jurídico, que de la norma jurídica deriva, o bien la posibilidad de actuar en determinado sentido (poderes), o una limitación respecto de la libertad de actuar (deberes). Se dan pues, *situaciones jurídicas de poder y situaciones jurídicas de deber*. Los sujetos de derecho pueden encontrarse en una de las siguientes situaciones jurídicas: a) posibilidad de obrar en un determinado sentido, incluso contra la oposición de alguien; b) posibilidad de oponerse al obrar de otro, y c) posibilidad de exigir que otro obre de determinada manera. Debe de observarse respecto de estas situaciones jurídicas subjetivas: 1º) Que cualquiera de estas conductas, en cuanto amparada por la norma, es lícita. 2º) Que a cualquiera de ellas corresponde la expresión "TENER DERECHO A ALGO", prescindiendo ahora de su exacto valor técnico. 3º) Que respecto de cada una de estas situaciones caben distintos grados de perfección.

Por su parte, las situaciones jurídicas de deber son las siguientes:

a) deber de obrar en un determinado sentido en interés de un tercero; b) deber de abstenerse de obrar de una determinada forma; c) deber de soportar la actuación de un tercero; d) deber de obrar en un determinado sentido, si se quiere que prevalezca un interés propio.

(40) Es conocida la postura de Duguit y de la escuela que él inicia (Traté de Droit Constitutionnel, 2ª ed., 1921, t. I, pág. 9 y ss.). "Esos derechos dice Duguit, los

Opina Zanobini que para que exista el derecho subjetivo es "necesario que entre la norma y el interés que forma su contenido haya una íntima relación: que la norma tenga por finalidad proteger ese interés por sí mismo; esto es, de un modo *inmediato* y *directo*; y ese elemento aparece cuando "la ley reconoce que el interés de que se trata es exclusivamente propio de un sujeto determinado que, con la tutela, se convierte en sujeto activo de la relación jurídica.

Esta situación se verifica de un modo típico en la mayor parte de los intereses que son garantidos por las normas del derecho privado; de éstas derivan casi siempre otros tantos derechos y deberes de un sujeto respecto a otro. Lo mismo puede verificarse de un campo del derecho público cuantas veces el interés individual se presente distinto y autónomo frente al interés general; pero, no obstante esta conexión, puede suceder que el legislador considere el interés individual separado del interés público y exclusivamente propio del titular, y lo tutele directamente como derecho subjetivo del mismo. (Citado por Argañarás, ob. c. p. 58).

Según Jenillek el derecho subjetivo "es la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o a un interés". (41).

Esta definición se ha impuesto en la doctrina y es así como autores más modernos como Zanobini la adoptan al concebir el derecho subjetivo como "un interés protegido mediante el reconocimiento de la voluntad de su titular". (42).

Ya dijimos que el derecho subjetivo que el acto de la Administración vicia, puede ser civil o administrativo según se refiera a las mate-

rechazó enérgicamente porque son conceptos metafísicos a *priori*, que no pueden servir de fundamento a un sistema jurídico positivo". En su libro "Las transformaciones generales del Derecho Privado", comienza así la segunda de las conferencias que lo integran: "En la primera conferencia me he limitado a mostrar cómo el sistema jurídico civilista debe, forzosamente, desaparecer en nuestras sociedades modernas. He añadido que la noción de derecho subjetivo es una noción de orden metafísico que no puede subsistir en nuestra época, que la concepción individualista tiene una contradicción en sí, que el sistema jurídico establecido sobre este doble fundamento ha sido un producto contingente y momentáneo de la historia que en ciertas épocas ha respondido a una necesidad social, pero que hoy día su reino ha terminado. También he dicho que en todos los países modernos se elabora un sistema nuevo jurídico, fundado en una noción de orden puramente realista y verdaderamente socialista: la función social".

(41) Ob. c. pág. 49.

(42) Curso de Derecho Administrativo, V. 1º, 5ª ed. 1.947, pág. 143.

rias propias del derecho privado o a las relaciones que surgen entre el particular y la Administración Pública. Cuando el derecho subjetivo se refiere a una relación entre el Estado e individuo aparece el derecho público subjetivo con cuya noción pretende explicar la doctrina tradicional, todas las recíprocas situaciones subjetivas de deber y poder en que Estado e individuo pueden encontrarse.

La Administración puede ser también titular de derechos subjetivos cuyo ejercicio legitima su actuación. Los derechos subjetivos de que es titular la Administración pueden surgir directamente de la ley, o del ejercicio de una potestad administrativa, o de la simple verificación de un hecho o conjunto de hechos (43). La titularidad de dichos derechos legitima la acción contencioso-administrativa contra sus propios actos según lo previsto en el art. 72 del C.C.A. disposición ésta inspirada, como las mayorías de las normas de nuestro derecho contencioso-administrativo, en el derecho español que ha hecho de esa institución, al decir de Aurelio Guaita, una de las notas más características del proceso administrativo de ese país. (44).

Meros reflejos de Derecho subjetivo y Derechos subjetivos debilitados

No todo interés está protegido por el ordenamiento jurídico, como derecho subjetivo ya que éste nace sólo cuando al sujeto le es reconocida una potestad de querer y una facultad para hacerlo exigible frente a la misma Administración o frente a terceros. Sin embargo, existen intereses individuales y colectivos que la ley reconoce en forma simplemente objetiva; estos son precisamente "*los intereses jurídicos* ocasionalmente tutelados por la ley.

Es que si se repara en el conjunto de normas que constituyen el Derecho Administrativo, se advierte fácilmente, la existencia de dos clases netamente diferenciadas: a) las que garantizan frente a la Administración situaciones jurídicas subjetivas y por ende, le impone una *obliga-*

(43) El ejercicio de la facultad expropiatoria hace surgir en la Administración el derecho de ocupar la cosa expropiada. Ver a G. Falla en Tratado de Derecho Administrativo, V. 19, pág. 340.

(44) En el derecho español la revocación de los actos administrativos que confieren derechos a los particulares, se confía a los mismos tribunales que enjuician la actividad administrativa, para evitar el peligro que entrañaría el reconocer a la propia Administración dicha facultad pues quedarían los derechos de los administrados en sus manos. Ver sobre este punto y otros con él relacionados, la obra "El Proceso Administrativo de Lesividad" del citado autor.

ción que se corresponde con el respectivo derecho del particular; y b) otras que han sido dictadas con la finalidad de garantizar una utilidad pública y se expiden para la organización de la acción administrativa; y si bien es cierto que generan una conducta obligatoria de la Administración no se corresponden con un derecho subjetivo del administrado que puede oponerse o servir de fundamento a la exigibilidad de dicha conducta. (45).

Sólo de las primeras normas surge el *derecho subjetivo* que fundamenta la acción contenciosa-de PLENA JURISDICCION pues la norma se dictó precisamente para garantizar y tutelar ese interés.

La violación de los "intereses" que puede acarrear para la colectividad la segunda clase de normas, no da motivo a la acción de Plena Jurisdicción, a pesar de que el desconocimiento de dichos intereses incida perjudicialmente, en el patrimonio del administrativo. Pero sí justifica, la dicha violación, el ejercicio de la acción NULIDAD dado el amplio o universal reconocimiento que hace nuestra ley del contencioso OBJETIVO.

Los derechos subjetivos debilitados que también se denominan condicionados, son aquellos que ceden ante el interés general y por tanto, su tutela está supeditada al mantenimiento o reconocimiento de dicho interés superior: pueden llegar a perder su protección cuando se encuentren en conflicto con el interés general pero mientras no se presente esa eventualidad, conservan su carácter de derechos subjetivos y están amparados por la ley; es lo que sucede por ejemplo, con la propiedad que se protege hasta que el interés público o social no justifique su expropiación. Presentado dicho interés en caso particular, si el titular no cede voluntariamente su bien, cabe su expropiación y lógicamente la tu-

(45) Igualmente Zanobini (ob. c. pág. 143, V. 19) abunda en la idea de que la distinción entre el derecho subjetivo y el interés legítimo se basa en que el primero es un interés directo e inmediato protegido por la norma jurídica, mientras que el interés legítimo sólo está "ocasionalmente protegido".

Forsthoff diferencia el derecho subjetivo de los llamados "derechos reflejos". El primero se caracteriza por ser "una relación de protección de una situación jurídica garantizada al individuo por una norma o un negocio jurídico, o también la facultad de poder exigir del Estado u otros órganos de la Administración pública una determinada acción u omisión correspondiente a dicha relación". Ahora bien —añade—, no todo límite normativo de la obra estatal fundamenta un derecho público subjetivo, pues entonces la totalidad del ordenamiento jurídico se agotaría en una sólida trama de derechos subjetivos". (ob. c. págs. 153 y 154).

tela del derecho del propietario queda postergada por la tutela del interés de la comunidad. (46).

Actualidad y particularidad del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo vulnerado para la procedencia de la acción de Plena Jurisdicción, debe ser *preexistente* y *particularizado*. El primer requisito significa que el derecho civil o administrativo que es desconocido por el acto, debe *preexistir* al acto administrativo pues de no ser así no se explica cómo puede él ser lesionado.

En segundo lugar el derecho debe estar particularizado en el actor ya que de lo contrario no tendría razón para considerarse agraviado o lesionado y tener por ende, personería para la promoción de la acción. Sobre este punto se pronuncia en los siguientes términos el Sr. Alfaro quien a la vez es citado por Santa María de Paredes: "las condiciones características para que deba considerarse un derecho como administrativo y particular son que se conceda por ley en virtud de ciertos requisitos que el individuo llene por sí, o que se deriven de algunas obligaciones que imponga la ley o los actos de la Administración. Todos los individuos pueden presentarse a las subastas públicas, o a recibir un título que les autorizaría para ejercer la medicina, siendo estos derechos generales; cuando estos derechos se determinan por actos particulares llenando los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos, como el graduarse de médico o, tomar parte en la subasta, entonces se hace particular". (47).

Es obvio que el derecho subjetivo debe tener el carácter PLENO de tal. Quedan entonces excluidas las *meras expectativas* y los derechos que

(46) Estos derechos dice Zanobini, citado por Argañarás (op. c. pág. 62) "mientras no se verifique la condición que impone su sacrificio, se comportan como intereses directa y plenamente tutelados: son derechos subjetivos en sentido estricto. Pero dada la posibilidad de su sacrificio, de su resolución, son generalmente designados como derechos condicionados. Verificada la condición de que hablamos, el interés que era tutelado como derecho, no cesa de ser, en algún modo, un interés reconocido y protegido: su titular tiene los medios de controlar si la exigencia del interés público realmente existe; que haya sido establecido por los medios que la ley quiere: que el acto de cesación del derecho haya emanado en la forma prescrita. "Todo esto constituye un INTERES LEGÍTIMO; pero en los casos señalados la doctrina, para poner en evidencia su precedente cualidad de derecho subjetivo, acostumbra tenerlo por diferente de otros intereses legítimos, y lo designa con la expresión de "derechos debilitados".

(47) Curso de Derecho Administrativo, pág. 763.

habiendo sido plenos quedaron desvirtuados por su prescripción o caducidad.

Formas de vulneración

Las causales de impugnabilidad del acto administrativo en acción de nulidad son en principio, las mismas que caben para atacarlo en acción de plena jurisdicción. Pero atendiendo a una más inmediata causa de la vulneración del derecho subjetivo, se puede hacer la siguiente clasificación de conformidad con la doctrina.

a) Cuando la autoridad administrativa al conocer directamente o por vía jerárquica de la reclamación del particular, le desconoce a éste en todo o en parte, el derecho que impetra.

b) Cuando se hace aplicación en desmedro del derecho del particular, de una disposición de carácter general.

c) Cuando se interpreta o aplica en perjuicio del particular, una norma contractual que regula las relaciones entre la Admón. y el administrado.

d) Cuando se haya afectado al patrimonio del contribuyente por errónea aplicación de las leyes fiscales o normas impositivas en general (sean de carácter departamental o municipal en nuestro caso).

e) Cuando después de acordado o reconocido por un acto administrativo, el derecho subjetivo patrocinado por el particular, por decisión posterior la autoridad administrativa revoca el anterior, sin la previa autorización expresa y escrita del administrado, según lo exige el Decreto 2733 de 1.959.

Es menester pues, y en ello insistimos, que el acto administrativo que se ataca por la acción de Plena Jurisdicción, sea *ilegal* pues sólo así podrá predicarse de él, que vulnera un derecho subjetivo del administrado; en caso contrario, lejos de estar ante un acto ilegítimo de la Administración, nos encontramos frente a una decisión legal, aunque pueda quebrantar el interés económico de cierto grupo de personas. (48).

(48) En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal como se ve en el siguiente fragmento: "El art. 67 consagra la acción de nulidad y la consecuencial de restablecimiento del derecho particular cuando el acto de la administración es lesivo del derecho de una persona. Es de entender entonces, que el acto administrativo viola alguna norma de derecho po-

Los hechos materiales lesivos de los derechos subjetivos, son enjuiciables por la acción contencioso-subjetivo de REPARACION DIRECTA en donde como posteriormente se precisará, no es necesario la previa declaración de nulidad del acto (por sustracción de materia) sino que se suplica directamente el pago de los daños y perjuicios que esa vulneración ocasionó.

Materia de la acción de plena jurisdicción.

Laferrière estima que la actividad administrativa susceptible de ser impugnada por esta acción, se agrupa en las siguientes categorías:

a) Las cuestiones que surjan entre la Administración y los particulares con motivo de los *contratos administrativos*.

b) Los reclamos que tienen su origen en las obligaciones pecuniarias del Estado, nacidas de los *cuasidelitos*, *cuascontratos* y *ley* (responsabilidad extracontractual).

c) Las cuestiones que se refieren a *operaciones administrativas* que crean derechos u obligaciones (contabilidad pública, impuestos, operaciones electorales).

Appleton presenta los siguientes grupos de los asuntos objeto del contencioso en comento:

a) Contendidas surgidas por contratos de obras públicas;

b) Contendidas surgidas por faltas o daños cometidos en perjuicio de los particulares por la actividad administrativa.

c) Las contendidas surgidas por contribuciones directas;

d) Las contendidas surgidas por el control de la contabilidad pública;

e) Contendidas surgidas por el estatuto del empleado público; y,

sitivo; que ese acto es ilegal. Porque si así no fuera, si el acto fuera legal, no habría razón para anularlo, ni tampoco podría decirse que ese acto viola el derecho particular. Vale decir, que el acto administrativo lesiona el derecho objetivo, o sea, la norma que consagra la facultad impersonal, y el derecho subjetivo, o derecho particular de la persona que tiene un título para disfrutar o radicar en sí esa facultad impersonal establecida por la norma objetiva". (Citado por Ortega Torres, pág. 125 del C.C.A.).

f) Las contendidas que se originen por medidas administrativas referentes a la salud pública, seguridad, etc.

Esta amplia enumeración de asuntos susceptibles de ser objeto del contencioso subjetivo, pone de presente la variadísima actividad de la Administración idónea para vulnerar derechos subjetivos de los administrados.

En nuestro derecho existe a partir de la expedición del Decreto 528 de 1964, un ámbito muy amplio que demarca la competencia de los organismos contencioso-administrativos en la acción de plena jurisdicción. En efecto, los artículos 30 (literales "a", "b"), y 32 (literales "a", "b" "c" y "d"), numeral 1º y literales "c", "d" y "f" del numeral 2º del mismo artículo, le asignaron competencia al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos para conocer de las contenciones surgidas de los "contratos administrativos" y de todo lo concerniente a la responsabilidad extracontractual de la Administración Nacional, departamental y municipal o de establecimientos públicos del mismo orden, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho. De esta manera se puso término a una interesante controversia desatada entre el Consejo de Estado y la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, sobre el sentido y alcance del art. 68 de la Ley 167 de 1.941.

CONSTITUCION NACIONAL Y JUSTICIA MILITAR

Ernesto Saa Velasco,
Profesor de la Universidad
del Cauca

LA CRISIS DE LA JUSTICIA ES LA CRISIS DEL SISTEMA SOCIO - ECONOMICO.

Cuando los sistemas socio-económicos están en proceso de descomposición, desvirtúan y desvían el uso de sus instituciones; de este modo, las distintas estructuras culturales, singularmente las políticas y jurídicas, previstas originalmente para ciertos y a veces terminantes objetivos, son analizadas de manera interesada y puestas al servicio de móviles de subsistencia, represión o estabilidad de los grupos dominantes en la correspondiente base.

La crisis se patentiza en la superestructura política y jurídica; entonces los poderes de mando se convierten en medios de consolidación y de rechazo; los jueces y tribunales en órganos meramente formales en el marco del estado.

Es en la administración de justicia donde se aprecian las dificultades de un orden en su totalidad; por la función jurisdiccional, en sus muchas modalidades, son resueltos los conflictos de relación, la normatividad adquiere vigencia particular y los valores socio-económicos, políticos y jurídicos obtienen su expresión. Pero si los jueces y tribunales por las contradicciones económicas reinantes encuentran obstáculos para dar soluciones acertadas, si las leyes al conseguir concreción produ-

cen efectos absurdos por antagonismos inflexibles, y si los valores socio-económicos, políticos y jurídicos son fórmulas de privilegios y de excepciones, la administración de justicia pregonará la corrupción de un sistema.

Es más delicado el problema cuando existiendo la organización jurisdiccional para casos señalados, gradualmente se le aniquila y restringe por conveniencia.

Aproximadamente en cinco años ha hecho carrera en Colombia la tesis jurídica-política de acudir a la justicia militar, a través del estado de sitio, para el juzgamiento de particulares comprometidos en delitos comunes como el secuestro, entre otros.

La situación toma dimensiones alarmantes si tenemos en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en cumplimiento del máximo control constitucional, reiteradamente pero con valiosos salvamentos de votos (1) ha aceptado dicho criterio.

Desde un punto de vista jurídico la argumentación del Alto Tribunal, es pobre y atrasada; mirándola políticamente tiene plena explicación en una sociedad de profundos desniveles sociales y en la cual los recursos institucionales son empleados con desesperación para el sostenimiento y defensa represiva de sus elementos dominantes.

Nos proponemos demostrar, mediante el examen simultáneo de los argumentos y contra-argumentos, la inconstitucionalidad de la justicia militar para delitos comunes cometidos por particulares.

ELEMENTOS CUALITATIVOS DE LA JUSTICIA MILITAR SEGUN LA CONSTITUCION NACIONAL.

Artículo 170:

“De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

(1) Sentencias estudiadas: Julio 13 de 1966; Abril 11 de 1967; Octubre 23 de 1969. Salvamento de votos de los siguientes magistrados: Flavio Cabrera Dusan, Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Luis Alberto Bravo, Carlos Peláez Trujillo y Hernán Toro Agudelo.

Entre los artículos claros y precisos de la constitución colombiana, podemos citar el número 170 de la actual codificación; presenta las características tipificadoras de la justicia militar sin las cuales desaparece o modifica la entidad constitucional. Son:

1) Delitos militares, es decir, los descritos en el Código Penal Militar; este estatuto no escapa a reglas básicas como la legalidad del delito o delimitación anterior por la norma.

2) Los autores de esos delitos tienen que ser siempre militares en servicio activo, o sea, miembros actualmente incorporados a las fuerzas armadas: ejército regular, marina de guerra y aviación militar.

Así, pues, el sujeto promotor del delito cuyo juzgamiento pertenece a la justicia castrense, aparece constitucionalmente previsto.

3) Los hechos constitutivos de delitos militares deben ser realizados con ocasión de actividades militares, equivale a afirmar, en faenas propias de las fuerzas armadas.

Las tres circunstancias, rígidamente planteadas por la constitución y debidamente unidas, configuran la justicia militar.

La certeza que muestra la constitución en su artículo 170, obedece al sentido extraordinario, al fundamento y fines esencialmente estrechos que tiene la justicia militar; la causa, es la naturaleza de la fuerza pública, su disciplina incondicionada y la jerarquía estricta; sus cometidos responden, igualmente, a las necesidades y conveniencias exclusivas de la reglamentación militar.

En consecuencia, todo lo relativo a la justicia militar debe ser interpretado restrictivamente por ser un modelo constitucional restringido, nunca susceptible de ser ampliado, con fundamento y objeto singulares e incommovibles.

Hallamos aquí el primer error inexcusable de la jurisprudencia: dar a las cuestiones sobre justicia militar una interpretación extensiva.

Y al prolongar el espacio de la jurisdicción militar, se degenera y en el fondo desconoce el verdadero propósito del artículo 170 que el constituyente escribió con esmero, cuidado y exactitud. No hay que olvidar que la jurisdicción militar es exclusiva: comprende el juzgamiento de delitos militares, cometidos por militares en servicio activo; y excluyente: es extraña para los particulares y los delitos comunes.

Conforme a opinión admitida, sólo es posible la extensión de la justicia militar cuando las alteraciones de hecho revisten un estilo que desplacen la acción de los tribunales y jueces ordinarios. Esta afirmación contiene un evento de excepción que sí armoniza con la filosofía no elástica de la justicia militar.

Aduce la Corte en sus fallos el artículo 61 de la Constitución que permite la acumulación en momentos de guerra de la autoridad jurisdiccional y militar, para deducir que la justicia castrense es privativa en tiempo de paz, en guerra, es viable para otros actos ilícitos de particulares.

Dice así el artículo 61:

“Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar”.

La disposición transcrita es tan anormal y de imposición extrema como la justicia militar: únicamente cuando las conmociones socio-económicas y políticas adquieran tal repercusión que hagan irrenunciable la confusión de competencias. El artículo 61 envuelve una salida última de mantenimiento institucional.

Creemos que los períodos críticos de la nacionalidad colombiana no forman presupuestos de exigencia primaria para recurrir al artículo 61.

Cabe la cita de un autorizado y antiguo comentarista de la constitución don José María Samper: “Se comprende fácilmente la incompatibilidad que hay en el ejercicio real u ordinario de la autoridad militar, juntamente con la judicial. No pudiendo ser deliberante la fuerza pública, es claro que un jefe militar ha de obedecer ciegamente las órdenes que recibe; y por lo tanto carece de aquella independencia que es necesaria para el recto ejercicio de las funciones judiciales. Más no sin razón se limitan estas garantías al tiempo de paz como dice el artículo que analizamos. En el de guerra son tan imperiosas las necesidades, tan urgentes los casos, que bien puede ser inevitable, por ejemplo, confiar, en campaña, funciones judiciales a las autoridades militares y aún las políticas o civiles. (2).”

(2) José María Samper. Derecho Público Interno de Colombia. Bogotá, 1951.

LA JUSTICIA MILITAR Y EL ESTADO DE SITIO

El instrumento escogido para variar la justicia militar, ha sido el estado de sitio (artículo 121 C. N.). Los primeros decretos legislativos, cada vez que se declara turbado el orden público, trasladan a los organismos militares la competencia para juzgar delitos ubicados en el Código Penal de la República. Con este proceder, la justicia militar se transforma en una medida de orden público y de represión política.

Se sostiene que el gobierno, declarado el estado de sitio, asume las atribuciones legales para tiempo de guerra. “Mediante tal declaración el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la constitución autoriza para tiempo de guerra...”, es el texto del artículo 121.

El Código Penal Militar, en el artículo 589, parágrafo, da autorización al gobierno para pasar a la justicia militar el juzgamiento de delitos adjudicados a la justicia ordinaria.

Parágrafo del artículo 589 del C.P.M.:

“El gobierno puede determinar en época de guerra, conflicto armado o turbación del orden público que aun los delitos de competencia de la Justicia Ordinaria se juzguen por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales”.

Al acoger la jurisprudencia el anterior razonamiento no sólo ha desfigurado la justicia militar, también y manifiestamente, los poderes extraordinarios y excepcionales que confiere la constitución al gobierno en estado de sitio; dos instituciones delicadas, restrictivas, con filosofías intrínsecas, han sido lesionadas, desviadas de sus cauces constitucionales.

La evolución del estado de sitio nos ratifica su carácter de represión política; cualquier atentado colectivo contra las instituciones estatales es sometido mediante estas potestades suficientes.

En ninguna parte encontramos siquiera la intención de establecer el estado de sitio para atender la delincuencia común.

La inmensa polémica sobre el estado de sitio en estas décadas de inestabilidad, abarca sus alcances políticos; la preocupación por los excesos en su ejercicio llegó hasta la reforma constitucional de 1968 y originó una nueva entidad de urgencia para las pugnas socio-económicas, el Estado de Emergencia Económica y Social. Se quiso corregir la am-

pliación a sectores no comprendidos y delimitar sin temor la estricta orientación política del estado de sitio.

Sin embargo, continúan los poderes de estado de sitio invadiendo zonas vedadas; ahora es el aumento de la justicia militar por el estado de sitio.

El delito siempre produce inseguridad ciudadana, pero en un régimen clasista como el nuestro, esta sensación de intranquilidad sube cuando los perjudicados pertenecen a las clases privilegiadas. Entonces sí hay un gran clamor, un escándalo imprevisto y una demanda de medidas urgentes. La presión obliga al gobierno a asumir el recurso extremo del estado de sitio y por él la atención a la delincuencia común con la implantación general de la justicia militar.

Los poderes que otorga la constitución al gobierno durante el estado de sitio son extensos pero no arbitrarios ni ilimitados; hay ciertas cosas que la actividad gubernativa no puede interferir, como ejemplos, las llamadas garantías constitucionales absolutas y el esquema básico de la estructura del estado.

Al ampliar la justicia militar a los delitos comunes cometidos por particulares, hay un recorte peligroso e inconstitucional a la rama jurisdiccional del poder público, es un asalto a la competencia privativa por mandato de la constitución, de los tribunales y jueces ordinarios.

En cada estado de sitio es más larga la lista de delitos que caen a la justicia militar cuya órbita, repetimos, está constitucionalmente señalada de modo indiscutible (art. 170 C. N.); hay un debilitamiento gradual y disimulado de la organización jurisdiccional. Jamás el estado de sitio fue concebido para atentar directa o indirectamente contra las demás ramas del poder público.

En cuanto al precepto del Código Penal Militar expuesto antes, conceptuamos: de idéntica manera que el Art. 61 ya comentado, el Código Penal Militar, cubre regularmente las tareas militares y cuando exhibe disposiciones que trascienden ese campo, como el párrafo reproducido del artículo 589, sólo reciben efectividad en los casos últimos y extremos cuando los factores de hecho hayan conquistado tales proporciones que cancelen la operancia de los organismos jurisdiccionales ordinarios.

Un estatuto excepcional, el Código Penal Militar, no puede ser tomado como fuente jurídica para justificar una tremenda persecución socio-económica y política.

Además, las alteraciones que los colombianos hemos presenciado, no han destruido la labor de jueces y tribunales. En el fondo son las realidades socio-económicas las que motivan la pregonada "ineficacia" de la justicia; mientras no cambien esas realidades, la justicia militar, odiosa e inicua, será un fracaso; los hechos lo anuncian.

LA JUSTICIA MILITAR Y LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Las modalidades de la justicia militar, sus formas y etapas, vulneran algunas garantías constitucionales absolutas, inalterables en toda ocasión; enunciémoslas:

1) Ley preexistente que defina la competencia y el procedimiento (artículos 26 y 28 C. N.).

Los mencionados artículos consagran en síntesis afortunada magníficos derechos y garantías individuales para el correcto juzgamiento:

- a) Legalidad del delito.
- b) Legalidad de la competencia y del procedimiento.
- c) Legalidad de las penas.

Estas garantías integran un fuerte dispositivo de estabilidad y defensa frente a la autoridad política.

Es cierto que los organismos castrenses están creados por la ley, algo más, el mismo artículo 170 los insinúa y el artículo 58 C. N. concreta que "La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia.

Los jueces militares, pues, nacen de la ley; pero debe tenerse en cuenta que la misma constitución les asigna una competencia exclusiva y excluyente, única por su fundamento y objetivos, no suceptible de ser extendida. Es claro que una competencia constitucional no puede ser sustituida por otra acomodaticia proyectada desde un decreto legislativo expedido en ejercicio de poderes políticos.

La ley previa que formule el procedimiento es un complemento necesario al principio de la legalidad de la competencia. El procedimiento se considera en la ciencia penal contemporánea como algo sustancial para el juzgamiento por las consecuencias que dirige hacia los derechos y prerrogativas de la persona delineados en la constitución.

Un nuevo procedimiento rígido en comparación con el existente, afecta notoriamente atributos preciosos como la defensa, la seguridad, la demostración plena.

Por otra parte, el proceso para el normal juzgamiento, posee raíces de protección política ante el imperio del Estado; el despotismo engendró en la antítesis, el movimiento liberal, muchas técnicas de limitación, de control y de disciplina de la autoridad entre las cuales contamos los trámites de un juicio legal para lograr el juzgamiento.

Por eso no hablamos hoy de leyes sustantivas y adjetivas, todas son leyes penales básicas que dan amparo y efectividad a los derechos y garantías constitucionales.

La constitución es tan explícita que propone taxativamente en el artículo 27 las excepciones a la ley preexistente, en todas, los hechos constitutivos son raros, urgentes y rápidos.

Son: a) "Los funcionarios que ejerzan mando y jurisdicción los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo".

b) "Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas in continenti, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo".

c) "Los capitanes de buques, que tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo".

Sin lugar a dudas, la ejecución inmediata del procedimiento militar y la supresión del común, en el fondo, tropieza con el postulado universal de la legalidad del procedimiento.

No obstante, la Corte dejando a un lado la importancia del procedimiento, estima que conforme al artículo 28, inciso 1, C. N. la garantía de la ley preexistente se refiere nada más que a la definición del delito y de la pena, no del procedimiento.

Agrega que debe respetarse el artículo 40 de la ley 153 de 1887 que establece la aplicación automática de todo nuevo procedimiento, no importa que sea desfavorable.

Es grande el error de la Corte; se aleja de la naturaleza y de la importancia del procedimiento, invoca como respaldo jurídico una ley arcaica a la cual le concede una interpretación anticuada; vejez en la norma base y desacierto en la interpretación, son los vicios que han dado invalidez a la garantía constitucional de la ley preexistente e insustituible sobre el procedimiento.

2) Garantía Constitucional de la ley permisiva en materia criminal. Igualmente, la implantación de jueces y procedimientos militares, acaba con la garantía constitucional de la ley permisiva en temas penales.

El tránsito de un procedimiento común, amplio y detallado, a uno militar, restrictivo e impreciso, desconoce la permisibilidad de la ley penal forjada como garantía constitucional.

La última parte del artículo 26 dice: "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". En el ámbito penal, siempre lo favorable al procesado o al condenado, es inmediatamente aplicado; responde predominantemente a razones de humanidad y a un tratamiento no odioso de la sociedad para con el autor de un ilícito.

Se consideró, inexplicablemente, durante varios años que la disposición del inciso 2 del artículo 26 se refería rotundamente a las leyes sustantivas y no a las adjetivas o de procedimiento de aplicación instantánea según el artículo 40 de la ley 153 de 1887. Era una distinción sin fundamento científico y que infringía la garantía constitucional que, sin distinguir, postula nítidamente la primacía en asuntos penales de la ley permisiva.

Por fortuna hubo un cambio de la jurisprudencia: la Corte en fallo de 15 de noviembre de 1961 con ponencia del Dr. Gustavo Rendón Gaviria, expresó:

"La consagración por el constituyente del equitativo principio de que "la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", a que alude el inciso 2 del artículo 26, ampara a la persona en el juicio criminal no sólo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887. Lo que la carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando a salvo, eso sí, el canon fundamental de la retroactividad cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito". (3).

Pero la tragedia política del estado de sitio y la simpatía que despertó la justicia militar para delitos comunes cometidos por particulares, borraron de la jurisprudencia tan honrosa y moderna trayectoria pa-

(3) G. J. Tomo XCV N° 2238. Pág. 173.

ra retroceder ciegamente, transar y revivir conceptos jurídicos revaluados como los siguientes:

- a) La distinción entre ley sustantiva y ley adjetiva.
- b) Negar la importancia del proceso penal.
- c) La aplicación inmediata de un nuevo y distinto procedimiento en perjuicio de la ley permisiva.
- d) Apoyo jurídico en una disposición antigua e inconstitucional, el artículo 40 de la ley 153 de 1887.

3) La Garantía Constitucional de la defensa en el juicio. Por último, el uso discrecional de la justicia militar, viola otra garantía constitucional permanente: la defensa en el juicio.

Lo expedito del mecanismo militar, los funcionarios militares que ignoran la norma jurídica rectora, los recursos limitadísimos con mentalidad no deliberante y disciplinada, las condenas masivas dentro de plazos perentorios, las sentencias pronunciadas mecánicamente y jerárquicamente, la ausencia de controversia probatoria, son hechos desconcertantes que cierran las oportunidades de descargos y de defensa.

CONCLUSION.

Quizá la más vasta lesión a la constitución en los años recientes es la práctica gubernativa de extender, a través de los poderes de estado de sitio, la justicia militar a los delitos comunes cometidos por particulares.

Lamentablemente la Corte Suprema de Justicia, al obrar como organismo guardián de la carta, ha permitido tan nefasto abuso.

Se confirma plenamente la crisis institucional por la crisis de la infraestructura del sistema colombiano.

CAPACIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Dr. Fernando Meza Morales

Vigorosamente se ha disputado en torno a la capacidad de las personas jurídicas para delinquir, o más exactamente, capacidad para ser sujetos de penas. Una opinión muy generalizada se condensa en el aforismo latino "societas delinquere non potest", aunque la doctrina que responde afirmativamente la cuestión cuenta con juristas tan eminentes como Von Lizst.

El problema puede discutirse desde dos ángulos: de lege ferenda, si es o no conveniente consagrar legislativamente tal capacidad; de lege lata, si en el ordenamiento positivo colombiano existe tal consagración.

I - Podemos agrupar en dos grandes vertientes las opiniones que, de lege ferenda, se pronuncian sobre el asunto:

- a) Las que consideran que, siendo la persona jurídica una ficción legal, carecen de voluntad y no pueden por ello delinquir.
- b) Las que conciben la persona jurídica como una realidad dotada de voluntad propia distinta a la de sus integrantes, una especie de supervoluntad, y por ello pueden cometer delitos. (1).

Como se ve, el problema ha sido enfocado desde perspectivas eminentemente naturalistas, en el sentido de afirmar que la capacidad penal sólo existe allí donde exista una voluntad. "El problema no es político

1 Cfr. Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. Ed. Uteha. Argentina, Buenos Aires, 1960. p. 430.

sino sicológico, en el sentido de que debe encontrar respuesta según que la voluntad relevante para el derecho penal se entienda en sentido individual-sicológico o en sentido normativo" (2). En consecuencia, afirma el citado autor, en el derecho privado y en el derecho público extrapenal la voluntad se entiende en sentido normativo "porque es posible referir la voluntad sicológicamente entendida de un sujeto de derecho a otro" (3). Y más adelante agrega: "La persona jurídica se convierte en centro de imputación de actos de voluntad realizado por personas físicas" (4).

El derecho penal, en cambio, no actúa sobre los criterios entendidos en este sentido normativo sino que la voluntad debe entenderse "estrictamente en sentido sicológico, como perteneciente a determinado individuo" (5).

En principio, entiende Bettiol la personalidad jurídica como una elaboración puramente jurídica, y el sujeto de derecho como un centro de imputación normativa, mediante el cual es posible que el acto de voluntad de su sujeto (individual o colectivo) valga como acto de otro sujeto (individual o colectivo). Y decimos que en principio, porque no desarrolla tal criterio hasta sus últimas consecuencias, sino que lo recorta, cuando plantea el problema en el campo del derecho penal. Tal criterio materializa el concepto de persona, cuando afirma que la persona física es capaz de querer en tanto que no lo es la persona jurídica. Ocurre que persona física no es sinónimo de hombre y persona jurídica sinónimo de organización. En el fondo, tanto la una como la otra son técnicas mediante las cuales se atribuye trascendencia en el mundo jurídico a los actos ejecutados por un individuo o una colectividad. El concepto de persona es elaboración del Derecho, que no por ello coincide con el concepto de hombre que es un concepto utilizado por las ciencias causales. De ahí que hayan existido y puedan existir jurídicamente personas que no coincidan con hombres concretos: En Roma se conocieron hombres que no fueron sustrato material de personas, al igual que hoy se conocen personas cuyo sustrato material es una pluralidad de hombres. De ahí que las personas puedan ser individuales o colectivas, según que el sustrato material que las actúan tengan igual característica. La persona, individual o colectiva, es un concepto normativo que permite cono-

2 Bettiol, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis, Bogotá, 1965. Nº 90. p. 211.

3 ——— Op. Cit. p. 211.

4 ——— op. Cit. p. 211.

(5) Bettiol, Giuseppe. Op. cit., p. 211.

cer las relaciones jurídicas como relaciones entre algo. Con esto, negamos a la personalidad jurídica una realidad fáctica.

Debemos entonces asumir que ni el hombre como realidad natural, ni su siquismo, tienen sentido jurídico como tales, y que sólo cuando alguien debe un comportamiento que le es exigible conforme al Derecho, puede hablarse de persona. Entonces también su siquismo adquiere relevancia jurídica en cuanto contenido de una norma, en cuanto a él se remite la norma como sustrato material sobre el cual se fundamenta la capacidad y la responsabilidad penales, es decir, que la voluntad para el derecho penal también es una voluntad en sentido normativo. Porque no entendemos qué diferencia, en cuanto a la voluntad misma, pueda establecerse cuando A quiere un hecho que es considerado ilícito por el derecho civil (una defraudación, por ejemplo) y lo es también por el derecho penal, para afirmar que ese mismo acto de voluntad tiene sentido normativo para el primero y no lo tiene para el segundo.

Cuando Bettiol afirma, al parecer en forma no exacta, que en el derecho privado y en el derecho público extrapenal "es posible referir la voluntad sicológicamente entendida de un sujeto de derecho a otro", está afirmando que en tales esferas del derecho existe la representación con lo cual, a contrario sensu, la está negando en la esfera penal. Con ello se está tratando de presentar como jurídico, un punto de vista político. Que tal representación no deba consagrarse jurídicamente, es opinión que se funda en razones de conveniencia, de justicia, o como se quiera llamar, pero que no expresa una imposibilidad jurídica. Y tal criterio ideológico, se funda en situaciones históricas muy concretas, aún invocando el mismo principio. Por ejemplo, invocando el criterio liberal, los epígonos de la Revolución Francesa pudieron proclamar la responsabilidad penal de las personas jurídicas inspirados en las resistencias que las agremiaciones les despertaban como supuestamente contrarias a la idea liberal; años después, invocando el mismo principio liberal se proclamaba la incapacidad penal de las personas jurídicas por cuanto ello significaría penar a quien no ha actuado antijurídicamente. Por ello insistimos en que tal problema es de índole puramente política; que puede propugnarse la incapacidad de las personas jurídicas por razones de conveniencia pero no porque ello sólo puede ser así. El ordenamiento jurídico podrá hacer depender la responsabilidad penal de A, el padre por ejemplo, de la acción típica de B, el hijo. Históricamente se sabe de tales situaciones. En las sociedades primitivas, la antropología ha descrito la práctica de dirigir la contramedida por el acto de un miembro de la comunidad contra otros miembros, generalmente vinculados por

lazos sanguíneos. Esto aparece como algo insólito a la mentalidad actual, y por ello se ha argumentado contra la capacidad penal de las personas jurídicas, que es repugnante concebirías cometiendo delitos de homicidio, lesiones, violencia carnal, etc. Con ese mismo tipo de razonamiento habría que afirmar que también carecen de capacidad para ser sujetos pasivos del delito, pues a una persona jurídica tampoco se le puede matar, ni estuprar, ni secuestrar. Pero en el fondo, la persona jurídica no es más que una forma de organización jurídica, y es lógico que ésta como tal no actúa causalmente, pero sus representantes sí pueden ejecutar aquellas especies delictivas, y es precisamente en función de los actos de los representantes de la colectividad como se concibe que el grupo representado pueda ser responsable. Se piensa también que la persona jurídica no puede ser sometida a cierto tipo de pena, como las restrictivas de la libertad. Este razonamiento es análogo al anterior, y con ello queda desvirtuado.

Pero además, porque no sólo existen penas privativas de libertad, sino también de tipo pecuniario, y éstas se pueden ejecutar en el patrimonio social, sin afectar la libertad personal ni la integridad de los socios. Personalmente, consideramos conveniente consagrar la capacidad penal de las personas jurídicas, pero restringida a cierto tipo de delitos de índole económica, y con penas que pueden variar entre las de igual naturaleza, suspensión de la personería jurídica o cancelación de ésta.

II - De lege lata, debemos examinar si el derecho positivo colombiano reserva la capacidad penal sólo a las personas individuales, o las extiende también a las colectivas. Creemos que esta cuestión debe contestarse a favor de la capacidad restringida al primer grupo de personas. Nos asisten las siguientes razones:

a) El sentido de los artículos 12, 29, 36, 37 y 38 del Código Penal apunta hacia tal categoría de personas.

b) En caso de *constitución* de una sociedad cuyo objeto social fuera la comisión de delitos, existiría objeto ilícito, lo cual vicia la nulidad absoluta el acto constitutivo. Además, los socios fundadores serían responsables, por ello sólo, del delito de asociación para delinquir.

c) Constituida regularmente la sociedad sólo pueden ejecutarse válidamente aquellos actos comprendidos dentro del objeto social, y en caso de que se excedieran tales límites (como en caso de delitos), los actos ejecutados estarían igualmente viciados de nulidad absoluta, fuera de que podrían considerarse inexistentes por falta de capacidad.

d) En virtud del carácter restrictivo del derecho penal, y en ausencia de norma expresa que consagre la representación para delinquir, debemos concluir que no existe. Fuera de que la representación, en general, debe ser pactada o surgir de la ley, es decir, que es también excepcional y necesita consagración expresa.

Sin embargo conviene anotar que tratándose de responsabilidad civil por delitos, es posible que el acto delictuoso de una persona individual sea condición para que se concrete responsabilidad en otra persona, individual o colectiva, según se desprende del Artículo 2.346 del Código Civil.

Conclusión de los argumentos anteriores es que en nuestro ordenamiento jurídico no es posible que el acto de una persona (delito) pueda tenerse como condición para que surja responsabilidad penal para otra, como si ésta lo hubiera ejecutado.

LA GARANTIA DEL DERECHO DE HUELGA EN COLOMBIA

Alberto León Gómez Zuluaga

"La libertad es una irrisión para los débiles, porque no hay desigualdad mayor que la aplicación de un mismo derecho a quienes de hecho son desiguales".

Valentín Lettelier

GENERALIDADES.

En el ordenamiento jurídico colombiano aparece la huelga consagrada como un derecho y su ejercicio se encuentra garantizado por la Constitución Nacional.

La huelga como derecho no es otra cosa que la facultad que otorga la ley a los trabajadores de acudir al cese concertado de actividades como instrumento de presión para obtener del empleador sus pretensiones.

Busca pues el ejercicio del derecho de huelga servir como instrumento de presión y para el efecto deberá conllevar necesarios perjuicios económicos al patrono en orden a su efectividad. (1).

(1) El tratadista nacional Doctor Guillermo Camacho H., dice al efecto en su obra de Derecho Colectivo, páginas 141 y ss.:

"... Así las cosas, el llamado derecho de huelga no sería otra cosa que una autorización para ejercer por el camino de los perjuicios causados a la parte patronal, una presión o una violencia de tipo económico".

"... El reconocimiento del derecho de huelga implica a su vez una confesión de incapacidad por parte del poder público para solucionar los conflictos colectivos de trabajo".

"... En cuanto a la aceptación de la huelga como un derecho tendría que considerarse que éste consiste en legitimar la cesación concertada y colectiva del trabajo con miras al mejoramiento de las condiciones de trabajo, produciendo la suspensión de los respectivos contratos individuales sin que surja la obligación de indemnizar perjuicios inferidos al patrono por causa de tal inexecución contractual".

Es por ello que en los ordenamientos jurídicos donde se da a la huelga la categoría de derecho se hace necesario afirmar, como consecuencia lógica, que el Estado debe rodear su ejercicio de especiales garantías para evitar acciones patronales tendientes a hacer nugatorio este derecho acordado a los trabajadores. (2).

NORMAS QUE GARANTIZAN EL DERECHO DE HUELGA

El artículo 18 de la Constitución Nacional señala que:

“Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La Ley reglamentará su ejercicio”. (3).

Por otro lado, el artículo 33 del Decreto-Ley 2351 de 1965 elevado a la categoría de legislación permanente por la Ley 48 de diciembre de 1968, establece que en tanto la mayoría de los trabajadores de la empresa persistan en la huelga, no podrá autorizarse el ingreso al trabajo de grupos minoritarios de trabajadores, aun cuando éstos indiquen claramente su voluntad de hacerlo. Es decir, que se ha dado al derecho de huelga una cierta primacía sobre el derecho al trabajo.

No obstante lo anterior el Decreto-Ley 939 expedido el 20 de abril de 1966 —también elevado a la categoría de legislación permanente por la Ley 48 de 1968— estableció la limitación en el tiempo del derecho de huelga, y la ya citada Ley de 16 de diciembre de 1968 introdujo nuevos recortes al ejercicio de tal derecho constitucional.

Así las cosas, se puede concluir que en Colombia el Derecho de Huelga ha perdido su contenido material para convertirse en una garantía de contenido meramente formal. Por tanto se ha llegado legislativamente a un punto en el cual el Derecho de Huelga consagrado originalmente en beneficio de los trabajadores pierde su filosofía y se vuelve como arma en contra de los mismos.

(2) Tal como está regulado actualmente el derecho de huelga, aplicando literalmente las normas, se puede llegar al absurdo de que el patrono provoque el cese de actividades por razones económicas (necesidad de salir de determinados stocks, por ejemplo), lo cual transparenta ni más ni menos un verdadero Lock out, conducta patronal prohibida legalmente. En cuanto a la huelga, cabe anotar que no en todos los Estados se garantiza como derecho.

(3) Constitución Política de la República de Colombia, Imprenta Nacional, Bogotá D.E. Mayo 1969.

ESPIRITU DEL DERECHO DE HUELGA.

La huelga ha de considerarse siempre como mal menor provocado en forma concertada por un grupo de trabajadores en orden a obtener, mediante la presión del perjuicio que económicamente se causa al patrono, las pretensiones reivindicativas del grupo que la ejerce legítimamente.

Es pues, un instrumento consagrado en beneficio de los trabajadores, a fin de romper el desequilibrio económico existente entre capital y trabajo y ante la incapacidad de un Estado dado para solucionar soberanamente los conflictos surgidos entre ambas partes.

Salta entonces a la vista que pugna con el espíritu del Derecho de Huelga la existencia siquiera de una posibilidad de que su ejercicio legítimo pueda repercutir en perjuicio grave del trabajador y de que el patrono pueda eludir los perjuicios económicos que por definición debe ocasionarle el cese de actividades.

Por tanto, si bien en Colombia el ejercicio de este Derecho se ha convertido de hecho en un látigo para los trabajadores, después de haber perdido su contenido material con la expedición del Decreto-Ley 939 de 1966, no puede pensarse que éste sea el espíritu de la Ley.

LA HUELGA: DERECHO PURAMENTE FORMAL

He insistido en que la huelga en Colombia ha adquirido características puramente formales y perdido así completamente su contenido material, porque, dada la limitación en el tiempo del fenómeno huelguístico, el patrono está en la posibilidad de crear stocks de mercancías suficientes para atender la demanda de producción durante el tiempo, que de antemano se sabe, va a durar la suspensión de actividades, y está en capacidad de colocar grandes existencias en poder de terceros que sólo cumplen el papel de testaferros para violar el legítimo ejercicio del Derecho de Huelga que hacen los trabajadores. (4).

(4) Son múltiples los casos de empresas que entregan mercancía a sociedades diferentes, a título precario, para que éstas a su vez cumplan la labor de abastecer el mercado. Incluso se ha dado el caso de empresas que almacenan mercancías en residencias de altos empleados de la Compañía. Como ejemplo, tenemos el caso de la Compañía V., que al saberse avocada a una huelga entregó grandes existencias de mercancía, en todas sus líneas, a la sociedad L. A., que habitual-

Actualmente, la mayoría de los patronos avocados a una huelga la aprovechan para obtener las utilidades normales sin verse sujetos al pago de salarios y cargas prestacionales, y ésto lo consiguen precisamente mediante el almacenamiento de existencias, para lo cual programan incrementos de producción, tanto durante la etapa previa al conflicto (denuncia) como durante los períodos de desarrollo del mismo, en los cuales sea posible efectuar labor productiva, a saber: el arreglo directo, la conciliación y la prehuelga. (5).

LA HUELGA COMO DERECHO PRINCIPAL.

Vista la situación actual del Derecho de Huelga frente a la Legislación colombiana, y analizada frente al espíritu y filosofía que deben informarlo, hay que concluir necesariamente que el Derecho de Huelga tal como se da en el ordenamiento colombiano no es más que un derecho principal que para adquirir su plena garantía requiere de otros derechos auxiliares a fin de darle nuevamente contenido material conforme al espíritu y filosofía que informan tal derecho.

En cuanto derecho formal existe independientemente de otros, pero ya cuando se trata de adquirir su contenido material, para lograr verdadera efectividad, es necesario rodearlo de garantías o derechos auxiliares. La situación del Derecho de Huelga es similar a la del Derecho de prenda general de los acreedores sobre los bienes del deudor, en cuanto ambos derechos necesitan para su efectividad de otros derechos calificados como accesorios, y sin los cuales no dejan de ser simples declaraciones del legislador carentes de realidad (6).

mente tiene el carácter de distribuidor exclusivo, y además guardó buena cantidad de sus productos en la casa del Sr. A. R., cuyo garaje se acondicionó para depósito. En esta forma, durante los 40 días de huelga, el mercado estuvo abastecido en forma normal y la Empresa V., percibió como de costumbre sus utilidades.

En estos casos se presenta generalmente una auténtica simulación que en principio deben investigar las autoridades administrativas para evitar que cumpla su fin de defraudar la ley y burlar un derecho legítimo de los trabajadores.

- (5) En otros casos puede darse la situación ya descrita arriba de que la Empresa avocada a una huelga necesita deshacerse de existencias almacenadas por diversas circunstancias (rebaja de ventas u otras), y encuentra en el cese de actividades y la suspensión de producción el medio expedito.
- (6) La naturaleza de los dos derechos es diferente. Empero, se asimilan en cuanto per-se suelen ser ineficaces. Por ejemplo, de nada sirve al acreedor la facultad de exigir el pago forzoso de la obligación si carece de las acciones conservatorias y restitutorias.

Por su parte, el derecho de huelga es como quien dice un derecho principal que para su garantía requiere de unos derechos auxiliares que permitan su pleno y efectivo ejercicio a fin de no ser menoscabado con hábiles jugadas que podrían darse en un momento determinado.

Con las anteriores consideraciones, es pues, válido afirmar que la huelga constituye hoy por hoy tan solo un derecho principal.

EL DERECHO DE HUELGA Y EL DERECHO DE ASOCIACION

Antes de estudiar si en Colombia existen derechos accesorios al de huelga, quiero señalar la relación existente entre éste y el de asociación. Ambos derechos, el de huelga y el de asociación, son derechos principales que marchan paralelos tanto desde el punto de vista histórico como desde el punto de vista práctico. La huelga, se puede afirmar, es desarrollo del derecho de libre asociación.

Históricamente la huelga como hecho fue el instrumento que llevó al reconocimiento legal y universal del derecho de asociación que había desaparecido por virtud del liberalismo capitalista y el desarrollo histórico de ambos derechos ha marchado paralelo.

Por definición, la asociación busca la defensa de los intereses y derechos de los asociados y, de otra parte, el derecho de huelga es un legítimo medio de presión susceptible de ser ejercido en defensa de las pretensiones (intereses) de los trabajadores. (7).

Desde el punto de vista práctico el ejercicio del derecho de huelga va parejo con el del derecho de asociación por tres razones fundamentales, a saber:

Efectivamente, de poco serviría a los trabajadores el derecho de huelga, la facultad de ejercer legalmente este medio de presión, si no existieren derechos auxiliares para su garantía.

- (7) La finalidad jurídica de la huelga, que no puede excederse en su ejercicio, es la de servir de medio reivindicativo, de instrumento de presión económica para obtener unas pretensiones que deben estar contenidas en el pliego.

Dice el Profesor Gaete Berríos: "El Derecho de Asociación Sindical es la facultad de los trabajadores y patronos de asociarse en defensa de sus derechos e intereses. Es la consecuencia de las libertades ciudadanas de que gozan los individuos de un Estado". "Nunca fue más verdadero aquel adagio que dice: "La Unión constituye la fuerza", que al ser aplicado a las asociaciones obreras ya que, si no hubiese sido por ella, las reivindicaciones de la clase proletaria no se habrían llegado a convertir en realidad".

"A pesar del régimen prohibitivo imperante en las legislaciones europeas, en la mayor parte del Siglo XIX, el fenómeno sindical no dejó por eso de producirse. Los hechos pudieron más que los textos legales.

El régimen de la Economía Liberal había determinado el nacimiento del proletariado, el cual no tenía más recursos que los que pudiera proporcionarle su trabajo; el desnivel entre ambos factores de la producción era notorio. Cómo establecer una positiva igualdad? Fueron los propios trabajadores quienes suplieron la falta de acción legislativa y empezaron a asociarse, produciéndose el acontecimiento sindical.

"La unión crea la fuerza", lo que los trabajadores no pudieron lograr aisladamente, pueden conseguirlo con la unión con los demás".

a) El concierto previo requerido como elemento necesario del cese de actividades para que éste constituya ejercicio del legítimo derecho de huelga. Este concierto en la práctica se logra mediante el ejercicio del derecho de asociación, bien sea en forma de organización permanente o bien de organización transitoria para los efectos determinados.

b) Para que la huelga sea legal debe llegarse a ella previo agotamiento de las etapas de arreglo directo y conciliación, las cuales se desenvuelven a través de la asociación de los trabajadores, que puede ser también permanente o transitoria para los efectos del pliego.

c) La huelga la deciden los trabajadores impulsados por sentimientos de solidaridad que van a garantizar la unidad del fenómeno huelguístico.

DERECHOS ACCESORIOS AL DE HUELGA.

Hecha la aclaración anterior estoy en capacidad de concluir que dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen derechos accesorios al de huelga cuyo titular es el grupo de trabajadores huelguistas. Tales derechos se ejercen mediante petición a las autoridades administrativas del trabajo que tienen legalmente facultades para tomar medidas especiales en orden a impedir que se violen las normas relativas a la protección del libre derecho de asociación sindical. Como la garantía del derecho de huelga toca en forma directa con el de libre asociación sindical, pues como ya demostré, éste concurre y coexiste con el de huelga, llegando hasta el punto de que, el fracaso en un movimiento huelguístico generalmente implica el desbarajuste y hasta desintegración de una organización sindical, creo que en base a las facultades señaladas a las autoridades administrativas de trabajo por el Artículo 41 del Decreto-Ley 2351 de 1965, elevado a la categoría de Legislación permanente por la Ley 48 de 1968, pueden éstas cumplir la labor de dar un verdadero contenido material al derecho de huelga legítimamente ejercido. (8).

(8) Artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965: Atribuciones y sanciones.

"1 - Los Funcionarios del Ministerio de Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los patronos, trabajadores y directivos o afiliados a las organizaciones sindicales para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias de los mismos, entrar sin previo aviso, y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa y en toda oficina o reunión sindical, con el mismo fin ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos cuando lo crean conveniente, para impedir

Uno de los derechos auxiliares que asiste a las organizaciones sindicales o grupos de trabajadores en ejercicio del derecho de huelga, es el de solicitar a los funcionarios administrativos del trabajo la adopción de medidas preventivas en orden a impedir que el patrono afectado por una huelga lícita burle las consecuencias que ésta deba implicarle. Tales medidas pueden ser tomadas aún de oficio, cuando a su arbitrio consideren que está en peligro el pleno ejercicio legal del derecho de huelga, y tendrán aplicación inmediata, pudiendo ir desde la aplicación de sellos en depósitos y mercancías hasta los apremios legales a los contratistas y empresas subsidiarias a fin de que estos últimos se abstengan de producir y abastecer el mercado.

De acuerdo con el carácter de Jefes de Policía de que se encuentran investidos, los funcionarios de trabajo deben actuar en estos casos con gran rapidez y severidad apartándose de todas las formalidades que conlleven dilación, pues de lo contrario su intervención sería absolutamente ineficaz. (9).

que violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores.

2 - Los funcionarios del Ministerio del Trabajo, que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para todo lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral anterior, y están facultados para imponer multas sucesivas de doscientos pesos (\$ 200.00) hasta diez mil pesos (\$ 10.000.00) según la gravedad de la infracción y mientras ésta subsista, con destino al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

3 - Las resoluciones de multas que impongan los funcionarios del Ministerio del Trabajo prestarán mérito ejecutivo. De estas ejecuciones conocerán los jueces del Trabajo, conforme el procedimiento especial de que trata el Capítulo 16 del Código de Procedimiento del Trabajo".

(9) "A la Policía está sujeta toda clase de personas; ella lo abarca todo, *procede sumariamente y se separa de las fórmulas comunes de los enjuiciamientos, especialmente cuando procede de manera preventiva; porque si así no fuera, su misión no sólo sería ineficaz y tardía sino inútil y hasta ridícula*" (auto 26 de septiembre 1889, Corte Suprema de Justicia. T. IV, Pág. 15. Jurisprudencia colombiana, edición oficial extractada y concordada por el relator de la Corte Suprema, T. I. pág. 256, Bogotá, Imp. Nal. 1900. Consúltese también Dr. Orozco Ochoa, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, T. VII, pág. 422, Edit. U. de A., Medellín. S. F.) (Subrayas fuera de texto).

"La policía pertenece al orden administrativo; su *misión es esencialmente preventiva y de protección social; debe ser la mano fuerte, el apoyo más decidido para conservar el orden público y respaldar las actuaciones y decisiones del poder judicial!*" (Sentencia 1º diciembre 1930. T. XXXVI, pág. 245. Transcrita por el Dr. Orozco Ochoa, op. cit. pág. 423). Subrayas fuera de texto).

Otro derecho auxiliar al de huelga es el que tiene el Sindicato de oponerse a que el Ministerio autorice la labor de tiempo suplementario y considero que las autoridades de trabajo están obligadas a acatar la oposición del Sindicato o en su caso del grupo de trabajadores que plantea un conflicto colectivo, desde el momento en que exista denuncia del contrato colectivo vigente, o desde la presentación del pliego si no hay Convención anterior para deshauciar y, por tanto, deberán abstenerse de autorizar este tipo de trabajo. (10).

En este orden de ideas creo también que en caso de existir una autorización para la labor de tiempo extra concedida antes del denuncia o la presentación del pliego según el caso, el Sindicato o grupo de trabajadores interesado puede exigir al funcionario correspondiente que tal autorización sea levan-

Para mí, la garantía efectiva del derecho de huelga versa directamente con la conservación del orden público.

Pero, además, tratándose de autoridades administrativas su actuación debe buscar fines útiles al Estado y es conveniente para éste que en tanto no asuma en forma directa y soberana la solución de los conflictos, se dé efectividad a los medios por él acordados a los particulares (trabajadores) para lograr la solución satisfactoria de los mismos. Cabe transcribir un aparte del tratadista alemán Fritz Fleiner en su obra "D. Administrativo alemán", "Para la administración, la realización del derecho no es un fin, sino un medio para un fin, lo contrario de lo que sucede en la justicia. La misión de la autoridad administrativa no consiste en proporcionar la certidumbre de la cosa juzgada, esto es misión de la sentencia civil, sino en conseguir un resultado útil para el Estado dentro de los límites del Derecho. Como el particular al gestionar sus asuntos, acomoda sus medidas a los intereses variables, así también la administración pública ha de adaptarse a las nuevas necesidades". Citado por Sarria en: Derecho Procesal Administrativo, pág. 50, Bogotá, Editorial Temis 1963. (Subrayas fuera de texto).

(10) Artículo 1º del D. R. 995 de 1968:

1 - Ni aún con el consentimiento expreso de los trabajadores, los empleados podrán, sin autorización especial del Ministerio del Trabajo, hacer excepciones a la jornada máxima legal de trabajo.

2 - (Suspendido provisionalmente por auto del Consejo de Estado, de fecha Nov. 26/68).

3 - A un mismo tiempo con la presentación de la solicitud de autorización para trabajar horas extraordinarias en la empresa, el empleador debe fijar, en todos los lugares o establecimientos de trabajo, por lo menos hasta que sea decidido lo pertinente por el Ministerio del Trabajo, copia de la respectiva solicitud; el Ministerio, a su vez si hubiere Sindicato o Sindicatos en la empresa les solicitará concepto acerca de los motivos expuestos por el empleador, y les notificará de ahí en adelante todas las providencias que se profieran.

4 - Concedida la autorización, o denegada, el empleador debe fijar copia de la providencia en los mismos sitios antes mencionados, y el sindicato o sindicatos que hubiere tendrán derecho, al igual que el empleador, a hacer uso de los recursos legales contra ella, en su caso.

5 - Cuando un empleador violare la jornada máxima legal de trabajo y no mediare autorización expresa del Ministerio del Trabajo para hacer excepciones, dicha violación, aún con el consentimiento de los trabajadores de su empresa, será sancionada de conformidad con las normas legales". (Subrayas fuera de texto).

tada en forma temporal. Y esto es apenas lógico pues la labor de tiempo extra sólo puede ser autorizada en tanto sea necesaria y a condición de que no cause perjuicio de ninguna índole a los trabajadores según el espíritu del Decreto 995 de 1968.

LOS TERCEROS Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Puede presentarse el caso de que la empresa avocada a un conflicto colectivo entregue mercancía a título precario a un tercero, persona individual o jurídica, para mantener abastecida la demanda y eludir en esta forma el efecto económico de una huelga. Entonces, el funcionario de trabajo, puede, partiendo de cualquier indicio, indicio cuya gravedad y fuerza probatoria calificará a su leal saber y entender, con amplias facultades para ello, tomar las medidas preventivas que se le impetren y las que considere oportuno ordenar de oficio. (11).

(11) Tratándose de un asunto de orden público, puede acudir a los indicios más o menos graves para buscar la verdad. Esto se admite aún en los procesos privados, según se desprende de la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "Tratándose de contratos escriturarios, entre las partes que celebraron la Convención que se acusa por simulada, al tenor del artículo 1766 del C. Civil, no es admisible sino la prueba escrita o un principio de prueba escrita o la confesión de la otra parte (artículo 91, Ley 153 de 1887). Pero siendo la actora en este proceso un tercero interesado, por no haber intervenido en los contratos, ni haberlos consentido ni otorgado, ni ocupando como causa habiente el lugar de uno de los contratistas, y existiendo por tanto para ello el acto oculto como simple hecho, le está permitido acudir a todos los medios probatorios tales como testigos, indicios, presunciones, etc." (Subraya fuera de texto).

(Casación de 29 de marzo de 1939, C. J. N.º 1945, pág. 735, citada por el Dr. Germán Orozco Ochoa en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Tomo IX, pág. 216). Atrás se dio por sentado que los artificios y juegos utilizados por los patronos para eludir la consecuencia económica de la huelga constituyen una verdadera simulación.

Si puede un tercero invocar como prueba un indicio, por qué no podrá considerarlo como tal la Administración Pública, cuando de por medio hay un interés público como es un conflicto colectivo de trabajo? Efectivamente, sería ilógico creer que no puede la Administración fundarse en indicios para adoptar y mantener las medidas preventivas que haya adoptado.

El valor y naturaleza de los indicios los califica el funcionario que los tiene en cuenta, a su libre criterio. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte, como puede desprenderse de las siguientes jurisprudencias leídas en la obra citada del Dr. Orozco Ochoa, págs. 157 y ss. del Tomo V.

"Los tribunales son soberanos en la aplicación de la prueba de indicios, la cual obra en el ánimo según el criterio de cada uno, y su aplicación implica necesariamente un acto inseparable de la conciencia individual del Juez. No pudiendo la Corte de Casación cambiar la estimación de la prueba hecha por la Sala Sentenciadora, en tratándose de error de hecho, sino cuando éste aparece de un modo evidente, arbitrario sería que aquélla, sustituyendo su propio criterio al de la Sala y hallando diferencia de apreciación decidiese sólo por eso que el Tribunal incurrió en error evidente. Trataríase en tal caso de una simple di-

Cuando real o aparentemente se afectan derechos de terceros en razón de las medidas preventivas, con seguridad surge la invocación del tan socorrido derecho de propiedad consagrado por el artículo 30 de la Constitución Nacional. (12).

Pero, en modo alguno tiene validez tal invocación si se estudia el contenido de tal norma constitucional en su totalidad. En efecto, señala el dicho artículo 30 de la Constitución Política de la República de Colombia dos importantes principios dignos de tenerse en cuenta: en primer término, dispone que el interés particular cederá ante el interés colectivo y en segundo lugar, consagra la propiedad como función social en sí.

Es evidente que para el interés público es de mayor importancia garantizar en forma efectiva el ejercicio del dere-

versidad de criterio al estimar el valor de una prueba y en ello, como es obvio, podría haber error, si se quiere, pero no en los términos que la Ley de Casación exige para que en razón de él se pueda infirmar una sentencia". Casación 23 agosto 1907. T. XVIII, pág. 168. (Subraya fuera de texto).

"El principio de que los Tribunales tienen amplia facultad para apreciar las pruebas del proceso, tiene, si cabe, mayor aplicación tratándose de una prueba como la de indicios, ya que el estimar la gravedad de ellos y las relaciones que guardan entre sí, y el saber hasta qué punto el elemento conocido hace verosímil la existencia del hecho desconocido que se trata de probar, son operaciones que por su naturaleza pertenecen a la inteligencia y la conciencia del juez, y escapan por consiguiente, a la revisión de la Sala de Casación". (Casación 6 octubre 1913, T. XXIII, pág. 212. (Subrayas fuera de texto).

"El Sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de los indicios... (Casación 3 marzo de 1923, T. XXX, pág. 42, Subraya fuera de texto).

"Puede ser evidente este reparo, pero es el caso que los indicios o conjeturas en materia de pruebas de simulación de los contratos, no pueden tomarse aisladamente. Hay que tomarlos en conjunto, sin dislocarlos y pesar si ese conjunto deja en el ánimo la convicción de la simulación. No puede ponerse en duda que la prueba es de exclusiva apreciación del Sentenciador y hay que admitirla en su conjunto, a menos que los indicios o conjeturas en que se apoya el Sentenciador no estuvieran comprobados cosa que no ocurre al presente". (Casación 23 julio 1929. C. J. N.º 1.851, Pág. 93. Subraya fuera de texto).

Si el rigorismo judicial admite que tan amplia apreciación de los indicios, con mejor amplitud aún, si cabe, se podrán apreciar en asuntos administrativos.

(12) Artículo 30 de la C. N.

"Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad 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.

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial o indemnización previa....

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (Artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936). Subraya fuera de texto).

cho de huelga por parte de un grupo de trabajadores —que en solicitud de protección a su derecho constitucionalmente consagrado se han dirigido a la administración— que no dejarlo desprotegido por temor a lesionar un derecho de propiedad sobre cuya certeza no hay seguridad o que se pretenda ejercer en detrimento de otro derecho legítimo, cual es precisamente el de huelga. De otra parte una de las obligaciones que acarrea el invocado derecho de dominio es la de someterse a las medidas simplemente preventivas que ordena la administración por autoridad de la Ley, hasta tanto se clarifique una situación confusa y con miras a evitar la lesión de otro derecho.

En igual forma puede darse el caso de una empresa que posea filiales o subsidiarias dedicadas a la misma línea de producción, o el de una empresa que celebre contrato con otra para que le produzca determinados artículos que corresponden a su línea habitual, y que, según el caso la empresa principal o la contratante se vea avocada a un conflicto colectivo.

Creo que si el conflicto colectivo de la principal o la contratante según la hipótesis que se dé en la realidad, llega hasta la huelga, indirectamente afecta a las filiales, subsidiarias o contratistas, pues de seguirse produciendo las mismas líneas y marcas de la empresa en huelga, se pondría en peligro la efectividad de tal derecho, porque quedaría sustraída parcialmente del perjuicio económico inherente a la huelga la empresa afectada por este fenómeno, y se eludiría en cierta forma la prohibición que envuelve el derecho de huelga de celebrar nuevos contratos de trabajo para reanudar los servicios suspendidos, aun cuando, puede realmente no existir celebración de nuevos contratos sino que simplemente este hecho se traduce en una continuidad de la actividad productiva de la empresa, la cual teóricamente debe quedar absolutamente suspendida por el cese concertado de actividades. (13).

(13) Ejemplos:

A - La Empresa V., tiene una filial que llamaremos Empresa SR. Esta última carece de líneas propias de producción y en cambio produce las mismas líneas y marcas de la Empresa V. En la Empresa principal (V) se desarrolla un conflicto que termina en huelga. Es lógico que si la Empresa SR continúa su producción de líneas y marcas —producción que con seguridad se incrementaría— el mercado de la Empresa V. seguiría abasteciéndose normalmente. Creo que

A grandes rasgos he descrito la estructura y situación del Derecho de Huelga en el ordenamiento colombiano. Seguramente puede parecer atrevida mi tesis de que en Colombia existen medios para dar nuevamente un adecuado contenido material al Derecho de Huelga, pero creo que tiene validez. Es más, pienso que en tanto el Estado continúe siendo incapaz de resolver en forma soberana los conflictos colectivos de trabajo, deberá acordar todavía mayores garantías a los trabajadores que eventualmente deseen hacer uso del legítimo derecho de huelga.

Es que un Estado no puede, porque no tiene derecho a ello, engañar a los asociados acordándoles derechos que a la hora de la verdad resultan carentes de contenido y de efectividad, y por el contrario se vuelven en su contra.

en una situación tal, los funcionarios administrativos de trabajo pueden apremiar a la Empresa subsidiaria para que se abstenga, bien de producir mercancía, o bien de lanzarla al mercado.

B - Igual cosa ocurriría si la Empresa MV celebra un contrato con la Empresa CP para que le produzca determinadas líneas y marcas. Si se trata de un contrato habitual, durante la huelga debe quedar suspendido o por lo menos la producción que CP elabora para MV no podrá retirarse de la factoría de CP, pues si con ella se va a burlar la huelga de MV en sus consecuencias económicas, habría objeto ilícito. Pero, si el contrato celebrado entre MV y CP es con el fin específico de abastecer demanda durante la huelga, adolecería de causa y objeto ilícito.

HACIA LA SUPRESION DE LA LLAMADA "PARTE GENERAL" DEL DERECHO CIVIL Y SU REEMPLAZO POR UNA INTRODUCCION ADECUADA

Fernando Fueyo Laneri.

Profesor Ordinario de Derecho Civil y Director del Seminario de Derecho Privado. Universidad de Chile.

SUMARIO:

1) Preámbulo. 2) Circunstancias en torno a su vida. 3) Esbozo de las principales razones en favor de la supresión. 4) Anarquía de tratamiento de la "Parte General" en el ámbito del Derecho Civil. 5) Autonomía o especialidades han absorbido las materias de la llamada "Parte General". Reseña Demostrativa. 6) Desentendimiento abúlico frente a desplazamientos irrevocables hacia Derechos especiales. 7) Razones históricas y el espíritu conservador pugnan en favor de la mantención de la Parte General. 8) Los partidarios de la tesis contraria. 9) Una "Introducción al Derecho Civil". 10) Un caso demostrativo de "Introducciones" a Partes especiales del Derecho Civil. 11) Conclusiones.

1) PREAMBULO

Al revés de quienes piensan con simpleza que la supresión de materias importa "*Capitis Deminution*", entiendo que una bien concebida exclusión fortalece el sistema correspondiente; como sucede con la poda de ramas de un árbol cuando se hace en debida forma y a tiempo.

La supresión de la llamada "*Parte General*" del Derecho Civil, que aquí se propone, integra, sin embargo, una tarea más vasta: la reelaboración, reestructuración y resistemización del Derecho Civil de nuestros días, anhelo actual de todo civilista auténtico; faena de dimensiones siderales —sin duda— en los casos de países que se quedaron atrás en el progreso jurídico.

La historia del Derecho Civil (1) está cuajada de cambios, sentidos nuevos, evoluciones e involuciones, con acentos de "publicización" en materias fundamentales en los últimos decenios. ¿Tendría algo de raro, pues, que el Derecho Civil afrontara un desafío más?

Por absolutamente descartado que alguien pudiera presentar hoy la supresión de la Parte General como originalidad suya, pues el debate está planteado hace más de 50 años, en unos países más que en otros, por obra principal de la escuela sociológica. Hasta es frecuente encontrarse desde hace tiempo con frases como la siguiente: "Violenta campaña contra la Parte General".

2) CIRCUNSTANCIAS EN TORNO A SU VIDA

Además del significado que pudiera darse al solo hecho de cuestionarse su existencia con tanto ardor como reiteración, merece reflexión un conjunto de *circunstancias* que rodean la vida —y la historia— de esta división llamada "Parte General". *Algunas* de estas circunstancias son:

A) Jamás la Parte General ha tenido un mismo o similar *contenido*, cualitativo y cuantitativo, ni aún en el tiempo de su apogeo (siglo XIX y principios del presente), ni siquiera en un mismo país y en un mismo instante.

B) Los *autores* no se han puesto de acuerdo en la integridad y contexto de la "Parte General", y están llenos de vacilaciones; hasta agregando "introducciones" a medias, o tratando de incluir sostenidamente la persona en esta Parte, como simple sujeto de derecho, etc.

C) No ha sido tratada bajo el solo *nombre* de "Parte General" ni sólo como *encabezamiento* del conjunto de partes especiales del Derecho Civil, pues, muchas veces, con cualquier razón o pretexto, dicho contenido ha sido independizado para recibir tratamiento en uno o dos volúmenes que intentan bastarse a sí mismos, con variados nombres, como luego se dirá.

La tónica del resultado que se observa equivale a una situación de *anarquía*, desorientación e inseguridad que decide por sí misma, de un modo simple y convincente, la supresión antedicha. ¿Acaso esa latente anormalidad no es fiel demostración que a esa "Parte General" le falta

(1) Ver: *Luis Díez-Picazo*, "El sentido histórico del Derecho Civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Reus. Madrid, Noviembre 1959.

gravitación propia, individualidad suficiente, armonía de conjunto, orden lógico, consenso en los pareceres? ¿Qué cosa subsiste después de eso?

La obra de *Savigny*, de los primeros decenios del siglo XIX, seguirá siendo la culminación de una Parte General necesaria y justificada para la época. Seis volúmenes (versión española), que abarcaron sólo la Parte General y que merecieron, sin embargo, la rotulación más amplia de "sistema del Derecho Romano actual" (2). Jamás podrá pensarse que ese valioso acervo pudiera perderse, ni menos después del desarrollo progresivo que aquellas materias alcanzaron en el seno de otras disciplinas, como la Filosofía del Derecho, la Teoría General del Derecho, la Introducción al Derecho, o Metodología del Derecho, que las han absorbido plenamente, y en donde reciben un tratamiento más hondo, científico y particular que en la "Parte General".

La supresión de la llamada "Parte General", con todo sería seguida por la elaboración de una *Introducción al Derecho Civil*, que debe componerse de materias *auténticamente pertinentes*. La idea de Introducción circula desde hace tiempo en algunas obras, separadamente o no del contexto del Derecho Civil; pero su formulación es aún vaga, engañosa y vacilante, y bien podríamos llamarla "Parte General" disimulada. La Introducción que se construya hoy, pues, debe reelaborarse y fortalecerse. Se intentará más adelante un cuadro indicativo como manera de precisar.

3) CONCRECIÓN DE LAS PRINCIPALES RAZONES EN FAVOR DE LA SUPRESIÓN

Encabezando el tratamiento directo del tema, y con ánimo de concretar, señalo por el momento las siguientes razones en favor de la supresión de la "Parte General" como integrante del plan de exposición del Derecho Civil:

(2) Recordemos, por el índice, las materias que se incluyen en esta obra de *Savigny*: Fuentes del Derecho, Interpretación de la ley, Relaciones de Derecho y sus diferentes especies. De las personas consideradas como sujeto de las relaciones jurídicas, Del nacimiento y extinción de las relaciones jurídicas, Violación de los derechos, Imperio de las reglas de Derecho sobre las relaciones jurídicas. Debo advertir que en las enunciaciones tan amplias que se dan a las Partes o Capítulos de esta obra, que acabo de reseñar, se incluye el tratamiento de las personas, las cosas, las obligaciones, las sucesiones, las donaciones, etc., si bien de un modo general.

A) La situación de verdadera anarquía, desorientación e inseguridad a que se aludió recientemente, que, a la vez de ser un resultado de *frustración*, es un diagnóstico de faltarle a la "Parte General" *gravitación propia* dentro del Derecho Civil;

B) El *mejor destino* que puede darse —y que de hecho se ha dado— a las materias que han venido formando de algún modo la "Parte General", las que son tratadas con acierto por la Teoría General del Derecho y por otras disciplinas, a veces con ordenamiento positivo propio, todas ellas con autonomía científica y universitaria;

C) La pérdida del *carácter pertinente* que en otro tiempo pudieron tener dichas materias en relación con el Derecho Civil, pues en el transcurso del tiempo se han ido perdiendo en medida considerable las notas de *común* y de *general* que con tanto orgullo destacábamos los civilistas en relación con nuestra disciplina.

CH) las "Introducciones" específicas que deben propiciarse respecto de cada *Parte Especial* del Derecho Civil, como antesala de éstas, de lo cual puedo exhibir una muestra concreta con mi DERECHO DE FAMILIA, que se inicia justamente con una auténtica introducción;

D) La tendencia —que ella propicia— a las *construcciones abstractas*, de connatural monismo en el método, y que importa el alejamiento de las realidades sociales (razón que hizo notar la Escuela sociológica hace no menos de 50 años);

E) La oposición con los *métodos activos* de enseñar el Derecho, hoy en pleno auge, que ponen acento en el camino de lo particular y concreto a lo general y abstracto, o al menos, que jamás abandonan o descuidan las cosas particulares y concretas;

F) La necesidad de romper la *inercia* que tanto pesa o influye en los hombres de derecho;

G) La supresión a cambio de una *Introducción General* verdaderamente pertinente;

H) La necesidad imperiosa y urgente de *fortalecer el Derecho Civil* a base de valores reales y propios y no manteniendo inventarios impertinentes y ajenos, por ilusión o fanfarronería, lo cual conduce fatalmente al descrédito;

I) Las *mejores condiciones ambientales*, de toda especie, que se nos ofrecen favorablemente para tal efecto a los de América, en comparación con el Viejo Continente, en donde los cambios profundos o el abandonar tradiciones seculares resulta particularmente difícil o imposible.

En esta oportunidad se desarrollarán brevemente algunas de las razones enunciadas recién, convencido que de este modo quedará suficientemente demostrada la bondad de la tesis de la supresión.

4) ANARQUIA DE TRATAMIENTO DE LA "PARTE GENERAL" EN EL AMBITO DEL DERECHO CIVIL

Induce a dudar, y en cierto modo produce desconcierto, empezar por encontrarnos con "Parte General" que inicia el plan de exposición u orden de materias en Derecho Civil, y también con modelos o formas que, con diversos nombres, representan un contenido igual, semejante o sustitutivo, que podrían llamarse a su vez "Parte General".

Por ejemplo, cuando bajo el nombre de "*Doctrinas Generales del Derecho Civil*", F. Santoro Passarelli nos presenta, en 1944, lo que él mismo diera en llamar "el primer tratado sistemático de carácter general construído directamente sobre el nuevo Código Civil italiano". Allí se reúne en un volumen prácticamente todo el Derecho Civil del nuevo Código, bajo la sistematización "Las Personas", "Las Cosas", "Las relaciones jurídicas", división esta última que, por razón de un tratamiento más completo abarca por sí sola más del doble de extensión que las otras tres divisiones reunidas. El vocablo "*general*" domina el nombre y el contenido real y efectivo de esta obra, caracterizada, además, por la marcada abstracción; todo lo cual le confiere patente auténtica de "Parte General", a lo sumo con reservas de meros matices o modalidades que no revisten importancia.

Observamos también la amplia gama de las "*Instituciones de Derecho Civil*", que abundan en los países de cierta madurez jurídica, y que han sido llamadas "sistema elemental de Derecho Civil" (Brugi). Indudablemente que las "Instituciones" abarcan ordenadamente todo el Derecho Civil, deteniéndose en las grandes materias para darles tratamiento de línea larga, y destacando lo que es realmente de trascendencia. Aún diferenciándose de las "Doctrinas Generales" (si por éstas hemos de tomar el modelo citado de Santoro Passarelli), en ambos casos el tratamiento es *breve*, generalmente en un volumen (3), y en ambos se hacen *abstracciones* como método constante, y se *generaliza*. ¿Es parte General una obra de "Instituciones de Derecho Civil"? Indudablemente que sí, con las mismas reservas expresadas anteriormente, que constituyen meros matices o modalidades. Por lo demás, en último término sa-

(3) Las traducciones a otra lengua generalmente extienden al espacio a 2 volúmenes en razón de concordancias y comparaciones.

bemos que una concepción sobre "Parte General" importa la anticipada "generalización" y "abstracción", con expresión simple, de lo que más adelante se expondrá con el debido detalle en la "Parte Especial" (4).

Bajo el nombre de "*Introducción al Derecho Civil*" encontramos también una generalización, tan parecida o igual a lo que es propiamente "Parte General", que da para pensar que sólo es cuestión de nombres que se emplean en uno y otro sentido indistintamente. A este respecto, valga recordar el trabajo de Francisco Bonet Ramón, en España, y el de Paul Oertmann, en Alemania, vertido a nuestra lengua.

También es posible encontrar bajo el nombre de "*Principios de Derecho Civil*" un tratamiento "general", que incluso abarca, sucesivamente, Parte General, Obligaciones, Contratos, Derechos reales, Derecho de Familia, y Sucesiones. Todo en un solo volumen. Es el caso de la obra del argentino Humberto Agliano.

¿Por qué no podría considerarse como un caso o forma de "Parte General"?

Finalmente, con la voz "*Panorama*" también se ha puesto en juego la generalización que nos ocupa. Es el caso de "12 lecciones de una hora cada una", destinadas a "exponer el Derecho Civil en una visión panorámica", como lo explica el propio autor, Juan Vallet de Goytisolo, quien, a la versión escrita resultante, dio el nombre de "*Panorama del Derecho Civil*". Evidente expresión de "Parte General", aunque, está bien recalcarlo, con juicio crítico agudo e incluyendo cosas que dan para pensar, como es fácil sospechar en este eximio autor.

De lo dicho en este numerando se infiere que abundan las "*generalizaciones*" del Derecho Civil, bajo modelos o formas que son equivalentes, constituyendo todas ellas, grosso modo, "*Parte General*" de la disciplina.

Fácil es concluir, entonces, que la llamada "*Parte General*", cualquiera que sea su cauce de expresión, y con mayor razón si son varios los cauces, no ha logrado siquiera una mediana configuración, uniformidad, contextura, un ser claro, definida y pacífico, ni aún a través de largo tiempo. Por lo mismo, ahí reside precisamente la razón de su verda-

(4) Para citar sólo algunas "*Instituciones de Derecho Civil*", recordemos las italianas de Brugi, Barassi y Trabucchi, las tres en un volumen en su lengua original y las tres con versión española. De las españolas, las de Felipe Clemente Diego y las más modernas de Manuel Albadalejo. De los americanos, las de Brasil, de Caio Mario Da Silva Pereira. También abundan las "*Instituciones de Derecho Privado*", sobradamente conocidas.

dera y auténtica inexistencia, y falta de gravitación, reafirmada, a mayor abundamiento, con la demostración, que más adelante se hará, de pertenecer su contenido a otras disciplinas o ramas jurídicas, desde tiempos lejanos y cada día con mayor acento.

5) AUTONOMIAS O ESPECIALIDADES HAN ABSORBIDO LAS MATERIAS DE LA LLAMADA "PARTE GENERAL"

RESEÑA DEMOSTRATIVA.

Las materias que ordinariamente se incluyen en la "Parte General" del Derecho Civil vienen siendo estudiadas en forma sistemática en obras de Filosofía del Derecho, Teoría General del Derecho, Introducción al Derecho, Metodología del Derecho, y, qué decir en numerosísimas monografías que afrontan aspectos particulares de las ramas recién nombradas, y jamás pensándose que se está realizando de ese modo labor de civilista o de privativista. Todo ello en forma constante desde hace muchos decenios, por especialistas de notabilidad que no pertenecen necesariamente al Derecho Civil y que de ordinario no son civilistas. Más todavía, formándose con esas estructuras disciplinas que tienen incontestablemente autonomía científica y autonomía en la programación de la enseñanza universitaria, como puede comprobarse en la mayor parte de las Facultades del Derecho de América. Esto es sin contar los desplazamientos hacia derechos especiales, que cuentan con ordenamiento positivo propio, como se indicará en el párrafo especial que se encuentra más adelante.

A manera de reseña demostrativa, referiré materias concretas de la llamada "Parte General" que reciben tratamiento en obras muy conocidas de las disciplinas señaladas más arriba, advirtiendo que precisamente he buscado la variedad en el origen de dichas obras para efectos de dar aún más fuerza a la demostración.

Así, el *concepto de Derecho* está considerado en obras de *Filosofía del Derecho*, tales como las de Felice Battaglia (5), Enrique Martínez Paz (6), Lino Rodríguez-Arias (7), Luis Legaz y Lacambra (8), Gior-

5) Curso de Filosofía del Derecho, Traducción, pág. 101 y sgts. Reus. Madrid, 1951.
6) Tratado de Filosofía del Derecho, pág. 311. Editorial Litvack. Córdoba (Argentina), 1951.
7) Ciencia y Filosofía del Derecho, pág. 295. Ejea. Bs. Aires, 1961.
8) Filosofía del Derecho, pág. 245. 2ª Edición. Bosch. Barcelona, 1961.

gio del Vecchio (9); como también en obras de *Introducción al Derecho* de Jorge I. Hübner (10), Eduardo García Maynez (11), y J. Bonnecase (12), como igualmente en obras de *Teoría General del Derecho*, como ser, las de Haesaert (13), y J. Dabin (14).

La *Teoría de la Norma* (o de la ley) está considerada en obras de *Filosofía del Derecho*, como ser, las de Lino Rodríguez-Arias (15), y de Luis Legaz Lacambra (16); como en obras de *Introducción al Derecho*, tales como las de Jorge I. Hübner (17), Aftalión y otros (18), Eduardo García Maynez (19), y *Teoría General del Derecho*, en obras como la de Paul Roubier (20), Haesaert (21), Hans Nawiasky (22), F. Carnelutti (23), y *Teoría General del Estado*, pudiendo citarse la obra de Carré de Malberg (24).

Las *Fuentes del Derecho* se tratan en textos de *Filosofía del Derecho*, como ser, los de Giorgio del Vecchio (25), Luis Legaz y Lacambra (26)*, Lino Rodríguez-Arias (27), Luis Recasens Siches (28), Enrique Martínez Paz (29), Felice Battaglia (30), Helmut Coing (31); como también en obras de *Introducción al Derecho*, como las de Jorge I. Hübner

- 9) *Filosofía del Derecho*, Traducción de la 6ª Edición, pág. 379. Bosch, Barcelona, 1952.
- 10) *Introducción al Derecho*, pág. 283. Editorial Jurídica. Santiago de Chile, 1966.
- 11) *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 3. Porrúa, México, 1940.
- 12) *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 31. Cajica. Puebla (México), 1944.
- 13) *Théorie Générale du Droit*, pág. 69. Bruylant. Bruselas, 1948.
- 14) *Teoría General del Derecho*, Traducción, pág. 19. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- 15) Obra citada, pág. 511.
- 16) Obra citada, pág. 348.
- 17) Obra citada, pág. 243.
- 18) *Introducción al Derecho*, págs. 269 y 317, 6ª Edición. El Ateneo. Buenos Aires, 1960.
- 19) Obra citada, pág. 15.
- 20) *Teoría General del Derecho*, pág. 11. Cajica (México), sin fecha.
- 21) Obra citada, pág. 69.
- 22) *Teoría General del Derecho*. Traducción de la 2ª Edición, pág. 29. Rialp. Madrid, 1962.
- 23) *Teoría General del Derecho*, Traducción, pág. 95. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- 24) *Teoría General del Estado*, pág. 272. Traducción. Fondo de Cultura Económica. México, 1948.
- 25) Obra citada, pág. 379.
- 26) Obra citada, pág. 487.
- 27) Obra citada, pág. 541.
- 28) *Tratado General de Filosofía del Derecho*, pág. 281. Porrúa, México, 1959.
- 29) Obra citada, pág. 593.
- 30) *Curso de Filosofía del Derecho*. Traducción, pág. 303. Reus, Madrid, 1951.
- 31) *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Traducción, pág. 31 y sgts. Ariel. Barcelona, 1961.

(32), Eduardo García Maynez (33), J. Bonnecase (34), Aftalión y otros (35); como, finalmente, en trabajos de *Teoría General del Derecho*, pudiendo citarse los de J. Haesaert (36), Hans Nawiasky (37) y F. Carnelutti (38).

Derecho y Moral es tema igualmente considerado en las tres disciplinas: *Filosofía del Derecho*, en obras de Felice Battaglia (39), Giorgio del Vecchio (40), Luis Legaz y Lacambra (41), Luis Recasens Siches (42), Enrique Martínez Paz (43) y Alfred Verdross (44); *Introducción al Derecho*, en obras de Jorge I. Hübner (45), Aftalión y otros (46), y Eduardo García Martínez (47); *Teoría General del Derecho*, en obras como la de Paul Roubier (48).

El tema del *Derecho Natural*, sea que se le trate separadamente o en parangón con otras divisiones, es considerado igualmente en las tres disciplinas, pudiendo citarse al respecto las obras de Verdross, Coing, Rodríguez-Arias, Luis Legaz, Hübner, Dabin y Roubier (49).

La *Interpretación (o aplicación) de la ley* está tratada también en las señaladas especialidades, pudiendo citarse las obras de Martínez Paz, Rodríguez-Arias, Hübner, Aftalión y otros, García Maynez, Bonnecase y Nawiasky (50). Sin contar que muchas veces este tema se ha salido de sistemas determinados para ser tratado separadamente, con vida propia. Recordemos al respecto los magníficos trabajos de Luis Recasens Siches y de Sebastián Soler, para citar sólo dos.

- 32) Obra citada, pág. 179.
- 33) Obra citada, pág. 51.
- 34) Obra citada, pág. 131.
- 35) *Introducción al Derecho*, 6ª Edición, págs. 269 y 317. El Ateneo. Buenos Aires, 1960.
- 36) Obra citada, pág. 199.
- 37) *Teoría General del Derecho*. Traducción de la 2ª Edición, pág. 91. Rialp. Madrid, 1962.
- 38) *Teoría General del Derecho*. Traducción, pág. 69. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- 39) Obra citada, pág. 325.
- 40) Obra citada, pág. 334.
- 41) Obra citada, pág. 406.
- 42) Obra citada, pág. 171.
- 43) Obra citada, pág. 314.
- 44) *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*. Traducción, pág. 391, Universidad Autónoma. México, 1962.
- 45) Obra citada, pág. 302.
- 46) Obra citada, pág. 130.
- 47) Obra citada, pág. 15.
- 48) Obra citada, pág. 48.
- 49) Obras citadas, págs. 361, 162, 225, 281, 325, 307 y 184 respectivamente.
- 50) Obras citadas págs. 423, 521, 325, 195 y 173, respectivamente.

La *Relación Jurídica* es materia igualmente considerada por las tres disciplinas, pudiendo citarse las obras de Martínez Paz, Legaz, Hübner, Nawiasky y Carnelutti (51).

Podrían seguirse haciendo referencias como las precedentes con otros temas que ordinariamente integran la "Parte General" del Derecho Civil, y, sin embargo, reciben tratamiento mayormente pormenorizado y especializado en las disciplinas a que vengo refiriéndome. Esos otros temas, pueden ser, por ejemplo, la clasificación de los Derechos, el derecho objetivo, el derecho subjetivo, el efecto de las leyes en el tiempo y en el espacio, el deber jurídico, la situación jurídica, etc., etc.; todos ellos, repito, considerados en el grupo de obras que se manejó recién para efectos de dar una reseña demostrativa.

Es verdad que cada uno de los temas a que me he referido no reciben igual —ni siquiera parecido— tratamiento en las varias especialidades, esto es, en Filosofía del Derecho, Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho, Teoría General del Estado, etc. Más todavía, ni siquiera igual o parecido tratamiento en las diversas obras pertenecientes a una misma especialidad. Ello es explicable por razones que no es del caso analizar aquí. Con todo, esas disciplinas, innegablemente autónomas, repito una vez más, han acogido y estudiado seriamente los temas de la "Parte General" del Derecho Civil, como asunto propio y, digámoslo de una vez, con mayor profundidad y rigor científico, en general, de lo que ha logrado la civilística empezando mucho antes.

6) DESENTENDIMIENTO ABULICO ANTE DESPLAZAMIENTOS IRREVOCABLES HACIA DERECHOS ESPECIALES.

No sólo estructuras naturalmente abstractas y generales, de la llamada "Parte General", se han desplazado a ramas hoy autónomas, como se acaba de señalar con ejemplos concretos. Hay más. Se cuentan otras que constituyen casos de *desmembraciones* del Derecho madre para ir a instalarse y desarrollarse en disciplinas nacidas después del Derecho Civil, de indubitable carácter especial y, por supuesto, con *ordenamiento positivo propio*.

Usaré de algunos ejemplos para facilitar la demostración, subrayando que las respectivas materias se encuentran aún en la "Parte General" de las obras de Derecho Civil o de programas de enseñanza de éste.

51) Obras citadas, págs. 533, 667, 203, 309 y 183, respectivamente.

A) Dentro del capítulo bastante extenso que en la "Parte General" se dedica a la "Teoría de la Norma", se cuenta el tratamiento específico de "*Efectos de la Ley en cuanto al territorio*", materia del mayor interés científico y práctico, que integra por derecho propio la rama denominada "*Derecho Internacional Privado*", con siglos de vida, pues se dice que "El Derecho Internacional Privado" fue un producto de las Universidades italianas del siglo XIII (52). Por lo demás, son muy antiguos los tratados relativos a esta disciplina autónoma, desgajada irrevocablemente del Derecho Civil. Me limito a recordar aquí que ya en el siglo pasado había una traducción al español de la famosa obra de Pasquale Fiori, en seis volúmenes (53). Me pregunto, por qué la civilística ha de mantener en su inventario "Los efectos de la ley en cuanto al territorio", cuando esta materia está en una disciplina autónoma y en ella recibe un tratamiento completo y más profundo que en la "Parte General" del Derecho Civil? ¿Por qué explicar dos veces lo mismo cuando con una vez, en debida forma, basta? ¿Por qué retener porfiadamente lo que ya no nos pertenece, causando desconcierto y exponiéndonos al descrédito?

B) Habría razones aparentes para considerar la "*Teoría de la Prueba*" como una materia "general" que tendría aplicación a lo largo de las partes especiales del Derecho Civil, como en la prueba de las obligaciones, del estado civil, también de negocios jurídicos de relevancia como el matrimonio, el testamento, el contrato, etc. Pero, ante todo, ¿no existe acaso un *Derecho Procesal* suficientemente desarrollado, con carácter científico desde hace más de 50 años, que es suficientemente apto para recibir y seguir tratando, a título propio, la "Teoría de la Prueba"? ¿Acaso la "Generalidad" de nuestro Derecho Civil debe absorber toda una teoría netamente procesal?

C) La *nacionalidad* es también incluída erróneamente en la "Parte General" y esto se hace considerándola entre lo que los libros nuestros llaman "Atributos de la personalidad", que es reunión mezquina de tres o cuatro derechos de la personalidad, llamados también derechos inherentes a la persona (54), sin contar otros nombres u otras matizaciones. El tema de la nacionalidad bien puede tratarse en el Derecho Público, como relación de ciertos individuos con un Estado; pero también sabe con-

52) Martín Wolff, "Derecho Internacional Privado", pág. 19. Traducción del inglés. Bosch. Barcelona, 1958.

53) Traducción y anotaciones de Alejo García Moreno. Centro Editorial de Góngora. Madrid, 1889.

54) Siendo que hoy están computadas alrededor de 60 derechos de la personalidad o inherentes a la persona según recopilación de la *Comisión Internacional de Juristas*, con asiento en Ginebra, Suiza.

siderarla en el *Derecho de la Persona* del modo en que esta verdadera Parte Espacial debe abordarse, en consonancia con la individualidad propia de esta parte y con la importancia que merece como centro de gravedad y polarización del Derecho Civil (55).

CH) Como en el caso anterior de un "Atributo de la Personalidad", el *estado civil* también se encuentra en la "Parte General", siendo que tiene uno de los dos lugares especiales: o en el derecho de la persona, o en el Derecho de la familia. Esto depende de si se concede o no al estado civil un contenido expansionista; pero algún día tendremos que decidirnos.

Podrían continuar los ejemplos. Pero estos bastan para convencerse que no se puede seguir insistiendo en retener para el Derecho Civil materias que ya están viviendo y desarrollándose en autonomías que hoy nadie osaría discutir y que cuentan hasta con ordenamiento positivo especial. Como dije en el encabezamiento, hay desentendimiento abúlico por desplazamientos irrevocables hacia Derechos especiales.

7) RAZONES HISTORICAS Y EL ESPIRITU CONSERVADOR PUGNAN EN FAVOR DE LA "PARTE GENERAL"

Induce a reflexionar, y es a la vez explicación de lo que ha sucedido con la llamada "Parte General", el encabezamiento del prólogo que escribiera *Federico von Savigny* a su monumental obra, en 1839: "Cuando una ciencia como la del Derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte" (56).

La "Parte General" descansa, en cuanto a precedentes históricos, en textos de primer orden. La *Instituta de Gayo*, y también la de *Justiniano*, empiezan con reglas de carácter preliminar y general. *Las Partidas*, aunque en forma más restringida, contienen también reglas preliminares sobre leyes, usos, costumbres y fueros.

De Castro piensa que "la moderna Parte General se deriva de la importancia dada a dos de los capítulos preliminares del Digesto y del nacimiento, durante el siglo XVI, de la doctrina del acto jurídico".

55) Ver mi trabajo, "Derecho de la persona; Evolución, Institucionalización y Polarización", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N° 5, pág. 13. Santiago de Chile, 1966.

56) "Sistema del Derecho Romano actual", traducción 2ª edición, Góngora. Madrid.

El mismo autor agrega, más adelante, que "en las obras del siglo XVII se encuentra un libro preliminar, más o menos extenso, con reglas generales sobre la naturaleza en interpretación de las leyes sobre las personas y las cosas, con su concepto y división" (57).

Con todo, fue *Savigny* quien dio a la Parte General un monumental desarrollo en su obra clásica "Sistema del Derecho Romano Actual", de la que llegó a publicar, en varios volúmenes, sólo la Parte General. (58).

El mismo *De Castro*, señala los efectos trascendentales que producirá el citado trabajo de *Savigny*: "Asegurará el mantenimiento de la Parte General en la doctrina alemana, influirá en todos los autores continentales y encontrará su consagración legislativa en el Código Civil alemán" (59). Acto seguido, el mismo autor indica que en España, esta Parte General, luego de un progreso considerable, llegará a conquistar "la independencia e importancia que tiene en la doctrina alemana", en lo cual no se excluye, naturalmente, la influencia del propio *Savigny*.

Ahora me pregunto, ¿no es acaso el peso de precedentes históricos y el espíritu conservador que anima universalmente a los civilistas, lo que confabula a la mantención artificial de la llamada "Parte General"?

8) LOS PARTIDARIOS DE LA TESIS CONTRARIA

Cualquiera que sea la posición personal que se sustente, es rigurosamente exacto que la gran mayoría sostiene hoy la tesis de conservarse la llamada "Parte General", cosa evidenciada a través de los propios "Tratados", "Cursos", "Compendios", "Manuales" y, aún, "Instituciones". Sería largo citarlos uno a uno, pues los hay en todos los países, y en algunos, varios.

Los alemanes *Heck* y *Marnigk*, recordados por *De Castro*, admiten el mérito de las críticas formuladas por el exceso de abstracción y alejamiento de las realidades sociales, que ha caracterizado a la "Parte General", pero, acto seguido, acudiendo en su defensa, añaden que "estos malos resultados no se evitan disgregando el contenido de la "Parte General", sino cambiando la orientación general del Derecho". (60).

57) Misma obra anterior, pág. 133.

58) Estima el mismo *De Castro* que ejercieron influencia sobre *Savigny*, un *Curso de Hugo*, publicado en 1789, y un *Sistema de Haise*, publicado en 1807.

59) Misma cita anterior, pág. 133.

60) "Derecho Civil de España" Parte General, vol. I, págs. 133 y 134. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

El propio *De Castro*, hablando a título personal, nos dice: "Es conveniente sin duda, no llenar a la Parte General de exageraciones generalizadoras y, en cambio, se debe conservar todo lo que constituye su núcleo vital, el que, a pesar de los discreteos (61) de los autores, se ha mantenido con práctica eficacia, tanto en la enseñanza del Derecho Privado como en la legislación. (62) .

Según *Castán Tobeñas*, "en España han abogado por la Parte General, con unas u otras salvedades en cuanto a la forma en que creen ha de ser desarrollada (63), De Buen, Pérez Serrano, De Castro". Más adelante *Castán Tobeñas* califica la Parte General como "necesaria en la exposición científica", si bien "no lo es tanto en los Códigos".

Entre los franceses escogemos a *Jean Carbonnier*, de la nueva corriente científico-didáctica, y nos encontramos con una "Parte General" un tanto abreviada, bajo el nombre de *Disciplina General* (ya he dicho que la anarquía es hasta de términos), nombre que a su vez —de la cubierta a la primera página del texto— cambia por el de "Introducción", que viene a ser la "Primera Parte" del volumen, ya que la segunda es "La Persona". Pues bien, en dicha "Introducción" hay dos grandes divisiones: la primera se dedica a las Nociones de Derecho y de Derecho Civil, por mitades, si atendemos el número de páginas, y la segunda a las Teorías Generales del Derecho Civil, en extensión igual al doble de cada una de las dos nociones recién citadas. Lo que no alcanzo a explicarme es de qué modo puede el Derecho Civil, hoy, apropiarse de los temas del derecho objetivo, las fuentes del Derecho, los derechos subjetivos, y algún otro, del modo que lo hace *Carbonnier*, desde el momento que todo esto lo engloba, como dije, bajo el título de "Teorías Generales del Derecho Civil". En todo caso, los franceses (tomando de éstos como ejemplo a *Carbonnier* por ser de los más adelantados), siguen propiciando la llamada "Parte General", con las variantes propias del sistema, realmente anárquico.

Los argentinos parecen ser unos grandes activistas de la "Parte General". Los tratados comprenden generalmente dos volúmenes excepcionalmente gruesos, como en el caso de *Raymundo M. Salvat*, en la versión magníficamente actualizada por *José M. López Olaciregui*, y en el de *Guillermo Borda*. Qué decir de *Spota*, el más extenso de todos, que

61) Acción y efecto de ostentar discreción. Vocablo usado en hispanoamérica.

62) De Castro, misma obra recién citada, pág. 134.

63) Con exquisita finura y diplomacia, el Maestro *Castán* alude a lo que yo he llamado aquí, gruesamente, "anarquía".

dedica efectivamente 6 volúmenes a la Parte General, como lo dice *Castán Tobeñas*; aunque éste no aclara que la mitad de estos volúmenes, los últimos tres, son de "Sujeto del derecho", si bien, siempre bajo el rótulo "Parte General".

En Chile, la gran mayoría de los civilistas —por no decir todos— son partidarios de conservar la "Parte General", y, con toda su alma si se trata de materias que al propio tiempo contempla el Título Preliminar del Código de Bello, pues éstas, a juicio de ellos, no podrían ser tratadas de mejor manera que por los civilistas. En cuanto a obras, el "Curso de Derecho Civil", de don *Antonio Vodanovic* (64), es igualmente minucioso en el tratamiento de la "Parte General", a la manera clásica. Lo mismo en el caso del Manual de *Victorio Pescio V.* Los programas de enseñanza del Derecho Civil continúan con el viejo inventario en cuanto a esta parte, si bien en el presente año, aprovechando mi paso por el primer Curso, hago cuanto esfuerzo tienda a la supresión (como puede demostrarse con este mismo artículo), aparte de mis constantes diálogos entre compañeros. No conozco, finalmente, ningún planteamiento escrito sobre el punto, de algún civilista chileno, ni en pro ni en contra.

Cumplido mi propósito de objetividad, por medio del esbozo de cuanto conduce a la tesis de la mantención, y aún, el mayor desarrollo de la "Parte General", reafirmo que no percibo todavía la razón de peso, decidora, que me convenza, como parece estarlo la gran mayoría de los civilistas. En cambio, prefiero las razones en favor de la supresión dadas al comienzo de este trabajo, que no por ser muchas debilitan mi posición, pues, hipotéticamente, con una de ellas, en algunos casos, bastaría para sostener la argumentación con fuerza suficiente. Me resignaré, en fin, a seguir en la minoría. Creo que por poco tiempo porque el cambio tendrá que producirse.

9) UNA "INTRODUCCION AL DERECHO CIVIL"

No es mi ánimo programar aquí detalladamente una "Introducción al Derecho Civil", pues dicha labor corresponde al tiempo de redactarse el volumen respectivo, única forma —escrita y completa— de entendernos en definitiva. Con todo, no se juzgaría satisfactoria la proposición de suprimir sin concretarse ahora mismo el esbozo de lo que sería en el hecho el sustituto, esto es, la "Introducción al Derecho Civil".

64) Quien, por modestia que lo ensalza, ha expresado, en la cubierta, que está "basada en las explicaciones de los profesores *Alessandri* y *Somarriva*".

Para concretar, podrían ser *postulados y bases*, los siguientes:

A) La idea de *pertinencia* ha de gobernar primordialmente el contenido. De esto se infiere que se incluirán estructuras que inician y orientan al sujeto para el estudio, y aun para profundización, del Derecho Civil; pero que no intervendrán aquellas que ya tienen asiento definitivo y antiguo en disciplinas autónomas sean éstas de carácter general y abstracto, sean éstas desmembraciones del Derecho madre y hasta con ordenamiento especial.

B) Como toda introducción, ésta ha de recoger los pilares básicos sobre los que descansa el Derecho Civil, las tendencias que lo informan hoy como rama o sistema, las influencias y aportes que recibe de otros sistemas (como el Derecho Público), la codificación a que está sometida en el país pertinente y comparativamente en otros, el origen y evolución que ha tenido, etc.

C) Siendo notorio y público que el Derecho Civil ha sufrido críticas de variada naturaleza, con mayor o menor fundamento, o simples ataques injustificados, de muy extraña tozudez que son producto de errores o de ignorancia pura, recoger todo ello y, luego de un análisis desapasionado, admitir con hidalguía las críticas que tienen fundamento y, en seguida, formular una defensa auténtica y firme de este Derecho, que en lo posible sea del más alto nivel, sin alcanzar el calor de fragua, pero con la claridad y precisión necesarias para que la entiendan todos, aun los de paladar menos refinado.

CH) Sin ánimo de señalar una estructura completa, y sin compromiso en cuanto al orden de materias, podría ser sometido a discusión el siguiente cuadro:

—Un brevísimo concepto de *Derecho*, por ser el género del Derecho Civil. Sobre todo: un juicio crítico de línea larga.

—Derecho Público y Derecho Privado.

—La noción actual de Derecho Civil, que terminaría con algunas definiciones y la propia del autor.

—Las instituciones mayores (o super instituciones) del Derecho Civil, que gobiernan el sistema y a la vez lo caracterizan y fijan su importancia: la persona, la familia, el patrimonio, y la asociación. Examen particular y breve.

—Valor e importancia de la disciplina y respuesta a las críticas y ataques de que ha sido objeto.

—La Codificación del Derecho Civil.

—El Código Civil chileno. Origen, fuentes, tendencias, modificaciones posteriores a su promulgación. Andrés Bello.

—Otros Códigos Civiles y anteproyectos recientes. Tendencias de los anteproyectos.

—Las nociones de aplicación general en el Derecho Civil y que contribuyen a modernizarlo: Equidad, orden público, buenas costumbres, abuso del derecho, autonomía de la voluntad y sus limitaciones, la doctrina de los actos propios, etc.

—Orientaciones modernas del Derecho Civil (65).

—El negocio jurídico (tratamiento completo) (es acertada la sistematización del "Negocio Jurídico" de *Federico de Castro*, recientemente publicado). Es imposible excluir el negocio jurídico, materia que se desborda del Derecho Civil y que, sin embargo, juega persistentemente y de manera trascendental en el Derecho de las Obligaciones y de los Contratos, el Derecho de Familia, el Derecho de Cosas, el Derecho de Sucesiones y el Derecho de Asociación. Es, por tanto, eminentemente introductorio al Derecho Civil y auténticamente "general" prácticamente a todas sus Partes especiales.

—Metodología de la enseñanza del Derecho Civil. Nociones de investigación científica aplicada a esta rama.

—Plan de exposición del Derecho Civil.

—Bases para un nuevo Código Civil.

—Nociones civiles básicas en otros sistemas legislativos que el nuestro románico-francés (u occidental, o continental).

—Bibliografía fundamental del Derecho Civil clásico y moderno, además de la que se indicará en el desarrollo de las Partes Especiales.

10) UN CASO DEMOSTRATIVO DE "INTRODUCCIONES" A PARTES ESPECIALES DEL DERECHO CIVIL.

Decía al empezar mi "*Derecho de Familia*", precisamente en el párrafo 1, que lleva por nombre "Necesidad de una introducción": "Es tra-

65) Coincidentemente, *Lino Rodríguez-Arias* publicó un artículo bajo este mismo nombre en el Boletín de Derecho Comparado, N° 1, pág. 335 y sgts. México, Enero-Abril 1968. Sin duda prestará valiosa ayuda.

dicional en los textos nacionales el silencio que se guarda en relación con materias básicas o previas que inciden en la rama del *Derecho de Familia*".

"Después de dos palabras, que resultan inocuas, se entra de lleno al estudio de la institución de matrimonio, precedida por su antesala, escasamente jurídica, de los sponsales".

"El programa vigente de la enseñanza también hace otro tanto. Me parece un error".

"Es inconcebible, ante todo, la desestimación de las bases preliminares y de las grandes líneas panorámicas, al iniciarse una explicación completa sobre una rama determinada del Derecho Civil".

"Más aún si esa rama —en este caso el Derecho de Familia— ofrece particularidades notables de estructura, contenido y orientación, que conducen en definitiva a una verdadera "heterogeneidad del Derecho de Familia frente a las demás partes del derecho privado, y de los principios que constituyen su Parte General". (66).

"De esta manera, he querido innovar en esto, aunque con medida, y antepongo a la clásica entrada inmediata al seño de las instituciones familiares, el estudio de la familia en sí y de algunos aspectos relacionados con ella, como asimismo, el análisis suscito del *derecho familiar* y su caracterización".

"Creo que nunca se aprovecha mejor el tiempo o el espacio que en el estudio de las cosas más generales que preceden a las particulares (67).

Esta Introducción de mi "Derecho de Familia" comprende tres capítulos cuyas subdivisiones se indicarán en seguida.

En cuanto al capítulo de "La Familia": Su formación natural y necesaria, acepciones de la expresión familia, definición de familia en el sentido jurídico, importancia de la familia, la familia y su protección por el Derecho, crisis de la familia, algunas causas, y, desarrollo histórico.

En cuanto al capítulo "Derecho de Familia": Definición. Clase de Derechos que resultan del Derecho de Familia, Caracterización del De-

66) Antonio Cicu, "El Derecho de Familia", traducción de la obra original editada en 1914, pág. 444. Ediar Editores, Buenos Aires, 1947.

67) Fernando Fueyo Laneri, Derecho de Familia, Vol. I, pág. 13. Imprenta Univer-so. Santiago de Chile, 1959.

recho de Familia frente a las demás ramas del Derecho Civil, Intervención de la religión en las relaciones familiares, Iglesia y Estado, La Familia y el Derecho Público.

En cuanto al capítulo "*Mayor o menor intervención de la mujer en las normas del Derecho de Familia*": Varios aspectos en torno a la materia, Evolución jurídica de la mujer en Chile con tendencia a su emancipación. Situación jurídica actual de la mujer en cuanto a derechos civiles en la legislación extranjera, Casos para estudiar en una próxima reforma.

11) CONCLUSIONES

a) Razones de relativo mérito-históricas, tradicionales, académicas, y de otros órdenes confluyen a la mantención de la "Parte General" con un catálogo de suyo interesantísimo, y, sin embargo, propio de otras autonomías o especialidades, algunas de tipo abstracto o general, otras constitutivas de Derechos especiales indiscutibles.

B) El aludido catálogo se viene tratando en esas autonomías o especialidades desde hace muchos decenios, por añadidura mejor que en la civilística.

C) Cualesquiera que sean las razones que se adujeran en favor de la mantención de la "Parte General", las que se dan para suprimirla tienen gravitación mayor como para prevalecer.

CH) Es importante la solución simultánea de iniciar el Derecho Civil con una "Introducción General" auténtica, que no importe una mera cuestión de nombres, como ha sucedido hasta el momento, al menos en los países que hablan hoy de "Introducción" o en términos similares.

Para mayor claridad se ha dado el esbozo de lo que sería una "Introducción al Derecho Civil" y se ha mencionado un ejemplo concreto de Introducción al Derecho de Familia, pues las Partes Especiales no están exentas de la necesidad de una Introducción, remarcadamente algunas.

D) Hoy —más que nunca— el Derecho Civil no debe exponerse al descrédito empecinándose en conservar lo que pareció importante para él en otra época; antes bien, debe revitalizarse con la tarea pendiente de su reestructuración, reelaboración y resistematización.

F. F. L.

Fernando Fueyo Laneri.
Casilla 3069.
Santiago de Chile.

LA VEJEZ NORMAL Y PATOLOGICA

Dr. Luis Alfonso Ramírez Gómez

Señor

Juez Civil Municipal

Presente.

Como peritos médicos nombrados para estudiar síquicamente a la Señora X Y nos permitimos informar a usted sobre el resultado de tal estudio.

Antes de sacar conclusiones generales y definitivas, queremos, para que no haya lugar a tergiversaciones o malas interpretaciones sobre nuestro peritaje, según amenazas telefónicas que ya hemos recibido y para mayor claridad en nuestro informe, transcribir algunas nociones que son clásicas en siquiatria y relativas al caso de que nos ocupamos.

Ante todo empezaremos, —para tenerlo luégo bien presente—, por describir lo que es la vejez biológica y los cambios normales que en ella se presentan. La vejez es un acontecimiento estrictamente personal y por ello muchísimo de lo que aquí transcribiremos no estará de acuerdo con el estado sorprendente de Doña X Y. Es el término normal y natural de la evolución del sujeto en el tiempo, y al cual llegan la mayoría de los seres humanos si en su camino no se atraviesa un inoportuno folidol, una bala bandolera, una enfermedad o un mal médico. Por esta razón, por ser personal, la vejez difícilmente puede estar sujeta a normas cronológicas generales respecto de su comienzo. Se admi-

te sí, y parece que en este punto los autores no discrepan, que más allá de los sesenta o sesenta y cinco años, el ser humano empieza a decaer física e intelectualmente en forma lenta y progresiva sin que esto pueda ser tenido como regla o axioma puesto que la historia nos habla de innumerables casos semejantes a los de nuestro Javier Pereira, del recientemente muerto Sir Winston Churchill, de Bernardo Shaw, del panclista y aventurero Casanova que después de haber jugado con su vida y con su espíritu en innumerables lances escribía, ya casi octogenario y pleno de lucidez, las memorias que han hecho que perpetúe su recuerdo a pesar de tanta su mediocridad y tantos sus crímenes como el de enamorar groseramente ancianas ricas. Muchos son los octogenarios a quienes la marcha ineluctable del tiempo no ha afectado su espíritu ni tampoco su energía física como el célebre mariscal Hindenburg, a quien a los 85 años, el fuerte pueblo alemán lo proclamaba bajo la divisa de: "Quien vota a Hindenburg derrota a Hitler".

Entra en escena la vejez, más que por el cúmulo de años, por la aparición de ciertos signos de desgaste orgánico aparentes en la mayor parte del organismo. El porte del viejo viejo, denota rasgos de un apreciable deterioro: la talla es pequeña, el peso es bajo, la piel apergamada, está generalmente manchada por el cloasma típico de la edad del lado del aparato circulatorio, el corazón es grande, aumentado en todos sus diámetros. En veces, cuando hay ateromatosis, se advierten signos aórticos de esclerosis. El pulso es bajo y generalmente existe hipertensión arterial. Fácilmente fatigable y falto de vigor general, el viejo es propenso a la quietud, a la tranquilidad y al sedentarismo. Bello es contemplar esas legiones de ancianos que hacen reventar la flor de nuestro cariño sentados en armoniosos y humanitarios grupos frente a los parques infantiles de países que cuidan de sus niños y sus ancianos, haciendo remembranzas y sin duda viviendo de nuevo en los que miran brotar al vértigo de la existencia. No es frecuente encontrar, a pesar de la flaqueza general corpórea, que todos los órganos sistemáticamente envejecan en el viejo. Hay vejeces electivas viscerales que guardan relaciones directas con aquellas dolencias que crónicamente, en el transcurso de la vida, han molestado al individuo. Así también se puede decir que hay vejeces espirituales selectivas en personas aún jóvenes que afectan aquellas partes del alma que desde temprana edad les ha penetrado el morbo de la ambición o el hediondo bacilo que pudre el alma del farsante y del irredento vividor de los bienes conseguidos honradamente y en dura lid por un hombre ya muerto.

Pero en general, —continuando nuestra transcripción—, las alteraciones orgánicas en los ancianos son muy apreciables. Del lado del aparato respiratorio, la caja torácica está caracterizada por cierta atrofia muscular y tendencia a la osificación de los cartílagos. El juego de la caja torácica está comprometido y como decía Demange "el viejo, como el enfisematoso, respira como en una atmósfera confinada".

El sistema digestivo asimismo presenta perturbaciones: los dientes caen poco a poco, la mucosa bucal es lisa y la lengua muestra no raras veces atrofia papilar. La masa intestinal, a causa de la inflexión de la columna vertebral, está empujada hacia adelante. El hígado, pálido y amarillento, es víctima en ocasiones de un comienzo de degeneración grasosa. No faltan las hemorroides ni la constipación.

El aparato genito-urinario es presa de molestias subjetivas. Aparecen en la noche micciones frecuentes que obligan al sujeto a levantarse permanentemente interrumpiendo su general escaso sueño. La micción es muy a menudo difícil por causa de la atonía vesical y de los músculos de la uretra posterior. El chorro urinario es débil, en espiral, cayendo sus últimas gotas con lentitud que ofusca. Ya el sutil placer de una orinada amplia, juvenil, pasa a ser más bien un tormento. La actividad sexual disminuye, aún cuando no son raros —y hay que tenerlos muy presentes—, los casos de vejeces sexualmente poderosas como la de Goethe que llegando ya a los 80 años, conoce en Mariembad a Ulrike, de dieciocho años, y escribe la "Trilogía de la pasión", grito desesperado y consciente de su sexualidad activa. Si el apetito sexual disminuye en los viejos, es normalmente reemplazado por fantasías eróticas, por satisfacciones visuales o por los *enamoramientos tardíos*, inexplicables para el vulgo, y "platónicos".

Todo lo anterior es apenas mera guía para entender a un viejo. Pues lo más importante en esta edad es su sicología especial. El viejo normal es un funcionario de la vida sentimental. El círculo de sus intereses varía de acuerdo con las tareas, labores y ocupaciones de su vida anterior. Quién estuvo acostumbrado a vivir una vida muelle, a no hacer nada, a que su consorte le diera todo lo que reclamara, así quería ser en su senectud. Pero siempre, siempre adviértese una *necesidad de afecto* en todas sus manifestaciones aún las más simples y nimias. Hay en él, a la vez que propensión hacia la vida del cariño y del mimo, una satisfacción íntima en ella y una *búsqueda* de los grandes o pequeños placeres que allí se le ofrecen. El equilibrio máximo de esta

tendencia del viejo normal se realiza indiscutiblemente en el seno del hogar. Aquellos que sufren el descalabro de esa organización por muerte del consorte y falta de hijos, flaquean por el aspecto afectivo, lo que explica lógicamente que se engolfen súbitamente en aventuras matrimoniales tardías, sin razón de ser para cualquier observador no conocedor de la psicología del viejo, y sean explotados, engañados y robados por aquellos nauseosos e incultos comerciantes sentimentales que encuentran pábulo fácil para su industria de degenerados en aquellas viudas recientes y solitarias pero que han recibido una gran herencia, por ejemplo. Al lado de esta *necesidad* de afecto que caracteriza al viejo, surge en ocasiones un surtidor emocional ricamente expresado. Una disposición especial de la vida emocional que hace al sujeto más sensible a los estímulos que habitualmente estremecen esa zona de la personalidad. Los motivos de ternura, de compasión, de piedad, de alegría, de bondad, son valorados por el viejo en una forma máxima y definitiva; experimenta la conmoción vegetativa más intensamente y sus reacciones son asimismo más intensas y fuertes. De ahí el hecho de *las fugas precipitadas y casi ciegas* del "hogar" o de un sitio en donde su necesidad de afecto no es satisfecha en busca desesperada de lo que normalmente ansían con tanto ímpetu: cariño y comprensión. Solamente el viejo normal se fuga del ergástulo espiritual en donde lo confinan o los familiares sin alma o los aventureros del amor que usan la patente de corso de un matrimonio viciado de nulidad para acribillar a su víctima.

El viejo, el que ya ha traspasado la cincuentena de inviernos, se aferra fuertemente a lo que tiene, a lo que es suyo por derecho propio, a lo que ya no será pábulo próximo del tiempo, a lo que puede ser fuente del afecto que es su meta. Se aferra al dinero y a un hogar y es su máxima complacencia disponer a su modo de sus intereses. Quieren más que nadie ser dueños de lo suyo y disponer de ello a su antojo así los tilden de desequilibrados, lo que explica, junto al deseo siempre insaciable de adquirir más cariño, tantas absurdas donaciones, tantos regalos novelescos.

En la esfera intelectual es normal que el viejo no pueda adquirir más capital síquico. Es la edad de las "memorias". Hay suspensión de la fuerza y de la capacidad asimiladora para los hechos nuevos conservando sí los grandes esquemas de la vida intelectual como crítica de los actos propios y ajenos, juicios éticos, organización del pensamiento y

posición personal frente a la vida y sus problemas. Y aún cuando hay disminución de la capacidad analítica y abstracta y astenia en la creación personal, no se advierte en el viejo normal ningún signo de deficiencia intelectual. Antes, al contrario, no es raro encontrar mesura-discreción, equilibrio ponderado, conceptuosidad y en veces sutil ironía y siempre atinación en los consejos haciendo más feliz la frase de Fenelón: "La experiencia nos ha hecho sabios", puesto que la ancianidad es experiencia.

Ya el ilustre Jesuíta aragonés Baltazar Gracian, con la exquisitez propia de su genio y del amplio conocimiento que tenía del ser humano en todas sus etapas, había advertido en su "Criticón" los rasgos fundamentales del siquismo del viejo normal. Dice así: "... Repara en aquel semiciego: pues más descubre él, en una ojeada que echa, que muchos garzones que se precian de tener buena vista, que al paso que van perdiendo estos sentidos van ganando en entendimiento: tienen el corazón sin pasiones y la cabeza sin ignorancia. Aquel que está sentado porque no puede estar de otro modo, camina medio mundo en un instante y aún dicen que le trae en pié y con aquel báculo le lleva al retorno. Aquel otro, asmático y balbuciente, dice más en una palabra que otros con ciento. No pases por alto aquel lleno de achaques, que no se le ve parte sana en todo su cuerpo; pues de verdad que tiene el seso muy entero y el juicio muy sano. Aquellos de los malos pies, pisan muy en firme, cojeando ellos, hacen asentar el pié a muchos. No son flemas las que arrancan aquellos senadores de sus cerrados pechos, no son sino secretos podridos de callados".

En la esfera volitiva, en los constitutivos del acto voluntario, la meditación, la preparación y la decisión tampoco muestran fallas notables en el viejo normal. Su libre determinación por consiguiente en lo que hace a sus actos, ya sean ellos nimios, ya sean ellos importantes, está conservada en su totalidad. Por lo que hace a la sugestibilidad, es lo cierto que no son más sugestionables que el resto de la comunidad humana en igualdad de condiciones.

Tienden algunos tratadistas a aceptar y describir graves estados pasionales en los viejos aún normales. Es así como se les asigna toda la escala de los pecados capitales, desde la avaricia hasta la gula. Empero, es lo cierto que en un sujeto equilibrado, el estado pasional patológico no es patrimonio de la vejez normal, sino que marca el camino

hacia la decrepitud senil. El más común de esos estados es la avaricia (trasunto natural del egoísmo patológico) y respecto del cual se expresa como sigue Lacassagne: "... ¿Es el viejo siempre un verdadero avaro? Todos los viejos no lo son. Y entre aquellos que son víctimas de este vicio, de este pecado capital, acaso se encuentren hombres que, en el curso de su anterior existencia, han dado muestras de su disposición a acaparar y a acumular dinero". Por lo general, en la vejez, no existe vicio patológico, avaricia morbosa, sino deseo último de guardar recursos para sus propias necesidades y satisfacción de sus ansias de afecto.

En la esfera de la conducta moral la aparición de actos inmorales en un viejo, marca indefectiblemente el comienzo de su decadencia. No es concebible una vejez íntegramente normal con actos inmorales. Estos, se observan con especial frecuencia en la esfera sexual y los atentados al pudor, los atracos eróticos, los actos exhibicionistas, las masturbaciones públicas y otras aberraciones son frecuentes. En cambio la vejez normal no se matiza de esta clase de acontecimientos. A lo sumo se observa el viejo levemente verde, pellizcador y amante del piropo, lo cual es apenas una defensa contra la irremediable decadencia sexual. No hay que confundir ciertas conductas sexuales a que son propensos algunos viejos normales que han llevado una vida genésica desarreglada y enhebrada en aventuras de toda índole, con la inmoralidad sexual senil. Los antecedentes individuales tienen en este particular una enorme importancia, y no es extraño que un sujeto de vida pretérita sinuosa, presente en la vejez una exacerbación sexual acorde con sus propios antecedentes. Lo patológico, es el cambio fundamental de una conducta normal y equilibrada en lo sexual hacia el desenfreno desvergonzado propio de los estados de senilidad patológica.

Para terminar esta transcripción digamos algo sobre el misticismo religioso de los viejos de que tanto se habla y para lo cual hay que establecer diferencias. La proximidad del fin irremediable, el sentirse seguro de que la ineluctable señora de los ojos insondables se acerca próximamente, sume a algunos sujetos en un estado de arrepentimiento interior sobre actos de su vida pasada, que se proyectan en un afianzamiento de sus creencias religiosas. Son los ilusos que han malgastado su vida inútilmente sin pensar que los años pasan y que lo único que tranquiliza hasta el final es una vida en Cristo, una vida de ideal, recta, conforme al evangelio. Son los malos cristianos, los malos practicantes

de cualquier credo que la vejez acosa con remordimientos. Esto no es, desde luego, patológico. El ejercicio de la libertad ético-religiosa, cobra en algunos viejos caracteres de gran intensidad, sin que, sin embargo, pueda considerárselos como anormales. Anormalidad hay cuando este ejercicio libre se encuentra interferido por signos y síntomas de angustia y de ansiedad derivados de complejos ideo-afectivos depresivos. O cuando como ocurre con acciones como la de un pobre célebre millonario nuestro que póstumamente se le dio por regalar campanas para templos y lámparas coruscantes como si por el rejo de ellas pudiera subir al cielo un olvidado perenne de Dios y de sus criaturas o si la luz de esos lampadarios le fueran a iluminar el paso por el oscuro túnel de la eternidad a quien en su aberrante vida fue oscuridad llevando oscuridad. Aquí terminamos la descripción somera de lo que es una vejez normal.

Hecha la descripción de cómo una vejez, o cómo puede caracterizarse una vejez normal, pasamos a enumerar los rasgos o síntomas que conforman la vejez patológica, o sea lo que se ha venido llamando estado demencial senil o demencia senil, el único cuadro de patología mental que se le pudiera incrustar, sin un examen síquico, a Doña Francisca Bohórquez Gómez.

Como lo anota Vallejo Nájera en su estupendo tratado de Siquiatría,, la demencia senil representa en último término la exageración de la debilidad síquica que normalmente sobreviene en la ancianidad, consecutiva a la paulatina atrofia cerebral.

La presentación de los síntomas seniles demenciales ocurre en edad muy diferente en cada caso, pero lo más común es entre los sesenta y cinco y setenta años en las ciudades y algo más tarde entre los campesinos. La causa de la presentación de la demencia senil se ignora en absoluto. Es frecuente que sea puesta en marcha por una afección infecciosa, muchas veces una bronconeumonía, o un traumatismo, en particular las fracturas de las extremidades tan comunes en los viejos. Los primeros síntomas que aparecen son los relativos al trastorno del carácter y del comportamiento social. Los rasgos del carácter trasfórmanse grotescamente de muy característica manera: la tendencia al orden en pueril pedantería, el ahorro en avaricia patológica, la prudencia en desconfianza, la firmeza en estúpida terquedad. Paralelamente sobreviene una debilitación de los sentimientos éticos o embotamiento moral, producto mixto de la perturbación afectiva y de la debilitación de la

comprensión y elaboración de las ideas, embotamiento ético que trasciende sobre todo en una incontinencia sexual muy típica, pues por lo común consiste en exhibicionismo y atentados al pudor de menores. La excitación sexual llama tanto más la atención cuanto que hacía largo tiempo que el sujeto había perdido el apetito genésico y se sentía impotente.

Simultáneamente a los anteriores trastornos se desarrolla una debilitación de la afectividad, traducida en una progresiva indiferencia afectiva, hasta el punto de que los enfermos llegan a no conmoverse ni interesarse por nada que no sea la satisfacción de sus necesidades vegetativas. Empero, el senil, en las primeras fases de la enfermedad, es un sujeto sumamente irritable, sobreviniéndole por nimios motivos explosiones coléricas fugaces y violentas, que pueden terminar en patéticos lamentos y llantinas.

Algunos seniles se vuelven extravagantes, llaman la atención por la indumentaria juvenil y optimista, por la fanfarronería y elogios que hacen de sus propios méritos y elevadas amistades, por su afán de mezclarse en las reuniones, tertulias y diversiones de jóvenes, asistiendo a bailes y juergas en prostíbulos.

Otros síntomas cardinales que se destacan desde el comienzo de la demencia senil son los trastornos de la memoria. Ante todo hay una deficiente rememoración, la cual conduce progresivamente a que el enfermo utilice menos recuerdos, llegando a preguntar y referirse de continuo a unos pocos y mismos hechos. Nótese tal pérdida de la memoria de evocación sobre todo en el orden cronológico de los sucesos de la vida, perdiéndose en primer lugar los adquiridos recientemente, y reduciéndose el recuerdo de manera gradual hasta que sólo rememoran los acontecimientos de la infancia. Se olvidan las fechas de la boda, las del nacimiento de los hijos y nietos, también el nombre de los hermanos fallecidos e incluso el número de hermanos e hijos que han tenido. La amnesia de evocación puede ser tan profunda en algunos casos, que se olvide haber estado casado, la profesión ejercida, todos los acontecimientos que no se refieran a la primera juventud e infancia. Como consecuencia de tales trastornos, y también de la habitual pérdida de la memoria de fijación, el enfermo refiere repetidamente el mismo insignificante episodio, reitera actos que había ejecutado momentos antes, por ejemplo, volver a visitar a un enfermo y recibir viejas y resabidísimas noticias como algo nuevo experimentando emoción igual a la de

la primera vez que la recibió. El senil fabula menos que otros dementes orgánicos, pero frecuentemente se sirve de la fantasía para disimular las fallas de su memoria, y de innumerables trucos para ocultarlos a las personas que le rodean, sin que le martirice ni preocupe gran cosa al valerse de tales subterfugios.

Como síntomas esenciales de la demencia senil, aparecen los trastornos intelectivos desde los primeros instantes de la enfermedad, aunque tardan en percibirlos las personas del medio ambiente. El demente senil se manifiesta muy pronto torpe de entendimiento, comprende difícilmente las nuevas ideas, pues se pierde la capacidad de concentración de la atención, al mismo tiempo que la percepción se hace lenta e imperfecta, con lo cual los engramas se fijan muy débilmente, establecen a duras penas asociaciones lógicas a la vez que se reduce la energía asociativa. Tales trastornos se traducen en la dificultad o imposibilidad de establecer comparaciones y juicios, de abarcar una serie de ideas algo extensa, de representarse todos los términos de un pensamiento, y con ello enjuiciar una situación concreta. En consecuencia, el enfermo se adhiere a los detalles, y, sirviéndose indistintamente de pensamientos importantes y baladíes, cuando refiere algo, lo hace con desorden, tocando diversos puntos, uno enlazado inconexamente con el anterior, sin terminar ninguno ni concretar una solución. De la naturaleza de los trastornos intelectivos indicados infiérese que difícilmente el demente senil adquiere nuevos puntos de vista o conocimientos, aunque las circunstancias sean favorables, habiendo de servirse del caudal que tiene almacenado, cada vez más empobrecido.

La escasa agilidad síquica del demente senil, consecutiva a los trastornos mnésicos e intelectivos que hemos descrito, necesariamente ha de manifestarse en sus voliciones y resistencia a las sugerencias, aunque la natural desconfianza le defienda contra las últimas.

La orientación alopsíquica piérdese poco a poco, en los primeros tiempos sólo durante la noche y pasajera, luégo de manera más permanente y también durante el día. Se pierde la orientación de lugar, llegando a perderse asimismo la de tiempo, de modo que el enfermo ignora no sólo la fecha, sino también el año y hasta el siglo en que vive. Cuando la demencia es muy profunda, llega a perderse igualmente la orientación autosíquica.

Salvo en los casos que existe pueril euforia, predomina en los dementes seniles el afecto fundamental deprimido, depresión unas veces

simple, con frecuencia ansiosa, con la particularidad de exacerbarse vespertinamente y atenuarse de madrugada. Raramente se observa en los seniles fases maníacas que pueden llegar a la forma agitada. Las distimias indicadas suelen acompañarse de ideas delirantes, ligadas al afecto fundamental de grandeza o pequeñez según se trate de una depresión o de una hipomanía, habitualmente insensatas e hipocondríacas.

No son raros los delirios o confusiones oníricas de la más variada especie y alucinaciones.

La incoercible locuacidad suele ser síntoma constante en la demencia senil, locuacidad sin contenido ideativo, perseverante en el tema, —sucesión semicoherente de nimios sucesos al lado de otros más importantes—, pedante e insoportable, rica en estúpidos y desafortunados giros. Discursea el senil continuamente, sin ocultar intimidades, sobre su conducta, sus bienes, sus disgustos y satisfacciones, y habla igualmente a conocidos y desconocidos. Las disgregaciones son tantas y tan escasas las ideas, que olvidan el tema principal, pierden el hilo del discurso, vuelven a repetir las mismas tonterías con más inútiles detalles. Vélese de corto número de frases, de interjecciones y aspavientos, que aplican a cada tema, sin fondo alguno en la conversación, vacua, cargada de muletillas. Frecuentemente no encuentran la palabra que buscan, se detienen un momento, emplean la primera que encuentran, y prosiguen su pesado discurso. Idénticos trastornos se aprecian en el lenguaje escrito.

La demencia senil tiene un curso esencialmente insidioso y lento, rara vez brusco a causa de infección o traumatismo. La evolución es progresiva y fatal hacia la profunda demenciación, aunque a veces puede detenerse la marcha durante algún tiempo, para precipitarse luégo sin causa aparente. La duración se calcula entre cinco y diez años, cuando no causa la muerte una enfermedad intercurrente o la caquexia.

Lo anteriormente descrito, es, Señor Juez, un resumen completo de las descripciones de la sintomatología de la demencia senil que se encuentran en los principales tratadistas como Vallejo Nájera, Mira y López, Kraepelin, V. Truelle, López Ivor, Ruiz Maya y otros y que nos hemos permitido transcribir, puesto que el caso entregado a nuestra pericia sólo sería posible encuadrarlo dentro de una demencia de ese

tipo. De modo que, teniendo en cuenta las anteriores nociones, vamos a informar lo que encontramos en Doña X. Y.

Somáticamente encontramos en Doña Ana Francisca Bohórquez Gómez un estado de ancianidad por encima de lo normal. A pesar de sus 78 años, no tiene hipertensión arterial ni signos de bronquitis crónica o bronquiectasia. Las arrugas y las manchas de su piel, son las de una persona de menos edad. Su corazón marcha perfectamente y dice que nunca en su vida ha sufrido enfermedades distintas a una fractura de la muñeca izquierda mal consolidada por absurdo tratamiento y otra fractura de la cadera del mismo lado con regulares secuelas pues no le impiden la marcha ni necesita de muletas o bordón.

En cuanto a su personalidad, su siquismo, lo exploramos en sus más íntimas reconditeces. Indagamos sobre su novelesco, trágico e incomprensible matrimonio. Supimos de su vida prisionera en su propia casa. De la terrible espada de Damocles que representaba para ella, a su edad y con la sola compañía de una joven, la beodez habitual de su segundo “marido”. De la miseria en que tenía que vivir por no poder disponer a su antojo de su propio dinero. Del calvario que ha sido su vida con su último “esposo” y de la paradisíaca que fue con su nunca bien lamentado primer marido. De la genuina crueldad mental y física a la cual ha sido sometida por *el aventurero sentimental*. Del miedo, del temor que poco a poco la fue embargando. Temor lógico y normal, pues un borracho en actitud agresiva y diaria como lo era el *comerciante sentimental*, infunde terror hasta en un panóptico. De la *actitud canalla como marido del beodo* de marras que solamente en tres ocasiones le dijo “mija” y la acarició fingidamente para obtener sendas firmas en su contra y obtener con descabellados negocios dinero de la herencia que se propuso explotar y poder continuar así, sin mayores esfuerzos, su vida bacante de Dionisio pueblerino en el paraíso de alcohol que era la cantina cercana a la casa de la señora, entre turíferos beodos y sicarios capaces de cambiar por aguardiente elogios, calumnias, juramentos falsos y *hasta asesinatos*. Supimos igualmente, y es cosa que nos llena de extrañeza, la indolencia de las autoridades y de la ciudadanía del pueblo en donde por tanto tiempo fue torturada esta señora sin que nadie le ayudara. Tal vez el dinero de ella malgastado por el aventurero, anestesió a esa sociedad la cual se encargó de desviar la lógica justicia.

La única actitud de vesania que a través de toda su historia y de los exhaustivos interrogatorios a que la sometimos, fue el matrimonio

con el joven aventurero tan precipitado y que la precipitó en la desgracia. Pero aún para ello puede haber explicación: la soledad, la necesidad de alguien que la apoyara y le manejara la gran herencia, su orgullo de vieja aún hormonada que se sintió halagado ante la intempestiva propuesta hecha bajo la *sugestividad alcohólica* y sin lugar a dudas, la feliz experiencia de su anterior matrimonio. Su sentimiento de soledad y su deseo de cariño joven, —pues había tenido la mala suerte de no tener hijos—, la intoxicaron, la obnubilaron pasajeramente hasta entregarse en el sacrificio de un matrimonio absurdo y criminal por parte del explotador que vio en él la manera de vivir holgadamente gastando lo que otro a fuerza de trabajo honrado había conseguido.

No nos pareció anormal, ni mucho menos, su fuga hacia Medellín. Ya lo dijimos al estudiar la vejez normal que no son raras las *fugas precipitadas y casi ciegas del "hogar"* o de un sitio en donde su necesidad de afecto no es satisfecha, en busca desesperada de lo que normalmente ansían con tanto ímpetu: cariño y comprensión. Solamente el viejo normal se fuga del ergástulo espiritual en donde lo confinan o los familiares sin alma o los aventureros del amor como en el caso de Doña X. Y.

Yendo más al fondo investigamos si padecía trastornos del carácter, encontrando que los rasgos del carácter están en plena normalidad. Su tendencia al orden es adecuada sin asomos de pueril pedantería; no muestra signos de ser avara y su prudencia y firmeza en todo lo que comenta no demuestran ni desconfianza patológica ni terquedad. No hay debilitamiento de los sentimientos éticos ni mucho menos embotamiento moral. Nunca ha dado pruebas de incontinencia sexual ni ha sido exhibicionista. Antes, por el contrario, ha vivido preocupada por defender la virtud en la joven que le ha servido de dama de compañía, ante las *brutales* y casi diarias embestidas de su "*marido*" beodo.. —No hay debilitación de la afectividad que se traduciría en progresiva indiferencia afectiva. Muy por el contrario, vibra ante el recuerdo de su primer marido con el cual fue feliz y recuerda con cariño a sus hermanos muertos.

No encontramos tampoco irritabilidad del carácter. Nada habla en ella de extravagancia, de querer llamar la atención por su indumentaria, de fanfarronerías ni le escuchamos elogios de sus propios méritos o hacer alarde de elevadas amistades. Todo a este respecto lo encontramos en la total normalidad.

Investigándole trastornos de la memoria comprobamos que no hay deficiente rememoración, pues la Señora X. Y. utiliza abundantes recuerdos sin tener que referirse, en todas las largas charlas que con ella sostuvimos, a unos pocos y mismos hechos. No tiene pérdida de la memoria de evocación en el orden cronológico de los sucesos de la vida. Recuerda tanto y tan perfectamente los acontecimientos del momento, de la víspera, de hace pocos meses, de hace algunos años, como los de su ya remota y bella juventud, que nos llenó de admiración. No ha olvidado las fechas de los acontecimientos más importantes de su vida ni aún la de los nimios. Recuerda el nombre de sus familiares y amigos ya fallecidos. No tiene ni el más mínimo asomo de amnesia de evocación. No ha olvidado nada de los acontecimientos de su infancia, juventud y edad adulta. Sin dificultad podía escribir, como las describe, las memorias de su vida. No reitera, no refiere repetidamente el mismo episodio, pues no hay pérdida de la memoria de fijación. No se sirve de la fantasía para disimular fallas de su memoria, pues no las tiene.

En cuanto a su inteligencia, es sorprendente, causa admiración la ausencia total de trastornos intelectivos, pues ni siquiera tiene la decadencia mental normal de la mayoría de los que llegan a su edad. Su lucidez mental a tan avanzada edad, es de las que traen de inmediato a la memoria a los grandes ancianos jóvenes como al optimista Jorge Clemenceau, el famoso "Tigre", que a los ochenta y tres años de edad se paseaba erguido y solo por los bulevares de París lanzando miradas cariñosas a los "midinettes" casi impúberes y una tarde cuando le visitó en su residencia el famoso doctor Voronoff, muy célebre en aquellos días por su procedimiento para rejuvenecer a las personas mediante la inyección de sueros, el viejo "Tigre" contestó: "Muy agradecido doctor Voronoff; pero ¿no cree usted que sería mejor esperar a que yo sea viejo?".

Doña X. Y. no es torpe de entendimiento; comprendió fácilmente todas las ideas nuevas que le comunicamos; tiene una capacidad de penetración de la atención aún superior a la de muchos de nosotros, como sin quererlo nos demostró al preguntarnos, en la segunda visita, sobre comentarios más o menos personales y sin importancia que hicimos con el juez y su secretario.

La percepción le funciona normalmente y fija bien los engramas estableciendo fácilmente las asociaciones lógicas a través de todas las charlas-exámenes que con ella sostuvimos. Fue capaz de establecer

comparaciones y juicios, de abarcar una serie de ideas extensas y de representar todos los términos de un pensamiento hasta enjuiciar normalmente situaciones concretas que le presentamos. No se adhiere a detalles y siempre que nos refirió algo de su vida lo hizo ordenadamente, conexamente.

Su orientación en el tiempo es normal. Dijo sin vacilaciones el año, el mes, el día y hasta la hora, cuando se lo preguntamos, de muchos acontecimientos pretéritos. La del espacio goza de igual estado. Sabe dónde vive y dónde ha vivido siempre.

No se le encontró por ningún lado signos de depresión o de una hipomanía. Todas sus lamentaciones son lógicas, completamente de acuerdo con el estado de ansiedad, de tensión, de martirio mental a que ha sido sometida durante los últimos años. Es de admirar que tantos traumas afectivos que le han propinado, no hayan lesionado su mente, fuerte como la de nuestras abuelas.

No tiene locuacidad incoercible, no discurrea. Apenas habla con perfecta lógica lo que debe decir. No tiene tampoco trastornos del lenguaje hablado.

Teniendo en cuenta lo anteriormente descrito, sacamos como conclusión lógica, absoluta, que la Señora Doña X. Y. está en pleno uso de sus facultades mentales.

Del Señor Juez atentamente,

Luis Alfonso Ramírez Gómez

ALCANCE JURIDICO DE LA ANALITICA EXISTENCIARIA

B. Mantilla Pineda.

Después que Martín Heidegger publicara *Sein und Zeit* (1927) en el famoso anuario de Edmundo Husserl —*Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, S. 1 - 438— no transcurrió mucho tiempo sin que se dejara sentir su influencia en las llamadas ciencias del espíritu —*Geisteswissenschaften*— y de modo especial en la filosofía del derecho. Tampoco transcurrió mucho tiempo sin que proliferaran las otras formas de la filosofía de la existencia con sus repercusiones en las demás manifestaciones espirituales. Aquí y ahora tengo que circunscribirme a la analítica existencial de Martín Heidegger y a su alcance jurídico.

1 - Determinación de la analítica existencial.

La analítica existencial nace con Martín Heidegger. A él se le debe tanto el concepto como la expresión. Otras dos expresiones usadas por Heidegger para expresar el mismo concepto son *Analítica ontológica* y *ontología fundamental*¹. Tal vez haya cierta preferencia de Heidegger por el uso de la expresión *analítica existencial del ser ahí*. Qué es la analítica existencial? Brevemente definida por su autor es la interpretación de la estructura del ser del ser ahí². Es la dilucidación filosófica de la cuestión *qué sea el hombre*. Ella es anterior a toda psicología, an-

1 - Martín Heidegger: *El ser y el tiempo*, p. 16, F. de C. E., México, 1951.

2 - *Idem*, p. 62.

tropología y mucho más biología. Sólo cede en importancia a la metafísica, que es la disciplina filosófica que interroga por el ser en general. Sin embargo, no se puede contestar la pregunta que interroga por el ser sino a través del ente que hace la interrogación y de su aclaración, es decir, de la analítica existencial. Es en este sentido que la analítica existencial se convierte en ontología fundamental. "Si reservamos, por ende, dice Heidegger, el título de ontología para el preguntar en forma explícitamente teórica por el sentido de los entes, hay que designar este ser ontológico del ser ahí como preontológico".³

1.1 Ser y entes —el ser de los entes. Lo ontológico y lo óntico.

El ser es uno en toda la trayectoria de la filosofía occidental desde Parménides hasta Heidegger. Por el contrario, los entes son muchos. La unidad del ser y la pluralidad de los entes es por decirlo así un axioma metafísico. Qué es ser? La pregunta por el ser tuvo en vilo el meditar de Platón y de Aristóteles, cierto que para enmudecer desde entonces como pregunta expresa de una investigación efectiva. Lo que ganaron ambos se conservó a través de variadas modificaciones y "retosques" hasta la misma "lógica" de Hegel.⁴

Tres prejuicios han obstruido la investigación del ser, prejuicios que tienen su raíz en la misma ontología antigua. Así se ha dicho: 1) El ser es el más universal de los conceptos; 2) el concepto de ser es indefinible; 3) el ser es el más comprensible de los conceptos. La consideración sería de estos prejuicios pone en claro la necesidad de reiterar la pregunta que interroga por el ser. El ser no es un ente, pero los entes tienen ser. "El ser de los entes no es el mismo un ente"⁵. Qué es ente? "Entes llamamos a muchas cosas y en distinto sentido. Ente es todo aquello de que hablamos, que mentamos, relativamente a lo que nos conducimos de tal o cual manera; ente es, también, aquello que somos nosotros mismos y la manera de serlo".⁶ La distinción entre el ser y los entes es el fundamento de la diferencia entre lo ontológico y lo óntico. Lo ontológico se refiere al ser categorial y lo óntico a las propiedades de los entes.

1.2 Los entes. El ser ahí y el ser ante los ojos.

Un ente es un quien (ser ahí o existencia) o un qué (ser ante los ojos). Un mineral, una planta, un animal, una herramienta, son especies

3 - Idem, p. 15.

4 - Idem, p. 3.

5 - Idem, p. 8.

6 - Idem, p. 8.

de entes, de objetos, de "ser ante los ojos". Incluso el hombre como especie animal es un "ser ante los ojos". Pero el hombre en cuanto es capaz de plantear la pregunta por el ser y de comprender el sentido de la pregunta por el ser, constituye una nueva especie de ente, una especie de ente *sui generis*. Cesa de ser un qué y pasa a ser un quién, un ser ahí. Se le designa con el término *ser ahí* no por caprichosidad terminológica sino porque las expresiones persona, yo, hombre y vida humana están demasiado cargadas de connotaciones teológicas, metafísicas, antropológicas y morales.

"El *ser ahí*, dice Heidegger, es un ente que no se limita a ponerse delante entre otros entes. Es, antes bien, un ente ónticamente señalado porque en su ser *le va* este su ser. A esta constitución del ser del *ser ahí* es inherente, pues, tener el ser ahí, en su ser relativamente a este su ser, una relación de ser. Y esto a su vez quiere decir: el *ser ahí* se comprende en su ser, de un modo más o menos expreso. A este ente le es peculiar serle, con su ser y por su ser, abierto éste a él mismo... El *ser ahí* se comprende siempre a sí mismo partiendo de su existencia, de una posibilidad de ser el mismo o no él mismo. Estas posibilidades, o las ha elegido el *ser ahí* mismo o éste ha caído en ellas o crecido en cada caso ya en ellas".⁷

1.3 Preeminencia del ser ahí.

El *ser ahí* goza de preeminencia sobre todos los demás entes. "La primera preeminencia, dice Heidegger, es óntica: este ente es, en su ser, determinado por la existencia. La segunda preeminencia es ontológica: en razón de su ser determinado por la existencia, es el *ser ahí* en sí mismo ontológico. Al *ser ahí* es inherente con igual originalidad —como un ingrediente de la comprensión de la existencia— esto: un comprender el ser de todos los entes de una forma distinta de la del *ser ahí*. El *ser ahí* tiene, por ende, la tercera preeminencia de ser la condición óntico-ontológica de la posibilidad de todas las ontologías. El *ser ahí* se ha mostrado, así, como aquél a que se debe preguntar ontológicamente con anterioridad a todos los demás entes".⁸

1.4 Los existencialistas.

Hasta el presente se ha tratado de aprehender el *ser ahí* con las categorías aristotélicas y kantianas, que son categorías del *ser ante los ojos*. La aprehensión del *ser ahí* con las categorías de las cosas ha cosificado

7 - Idem, ps. 14 y 15.

8 - Idem, p. 16.

la existencia humana. En vez de aprehender la existencia, que es la esencia del *ser ahí*, se ha aprehendido un ente petrificado. Para calar hondo en el *ser ahí* hay que derivar de su propia existencia los caracteres que nos permitan aprehenderlo adecuadamente. A estos caracteres del *ser ahí* designa Heidegger con el término existenciarios. Categorías y existenciarios son las dos posibilidades fundamentales de los caracteres del ser. Con las categorías aprehendemos los entes de la especie de ser ante los ojos y con los existenciarios comprendemos exclusivamente el *ser ahí*.

Algunos existenciarios fundamentales son: el ser en el mundo —*in der Welt sein*—, la derilección o el encontrarse lanzado en el mundo, la angustia, la nada, la trascendencia, el cuidado o preocupación —*die Sorge*—, la totalidad, la muerte, la propiedad e impropiedad, la libertad y responsabilidad, la temporalidad y la historicidad.

Los existenciarios son determinaciones que se extraen de la estructura misma del ser del *ser ahí*. El punto de partida de la analítica del *ser ahí* está en la interpretación del existenciario o determinación del ser en el mundo —*in der Welt sein*. Es necesario mirarlo en sus tres aspectos. "Si lo recorremos, después de fijar la vista en él en su integridad, se destacan: 1 - El "en el mundo"; relativamente a este elemento brota el cometido de preguntar por la estructura ontológica del mundo y de definir la idea de la mundanidad como tal. 2 - El ente que es en cada caso en el modo de ser en el mundo. Lo que se busca es aquello por lo que preguntamos cuando decimos quién?. Se trata de determinar fenomenológicamente quién es el *ser ahí* en el modo de la cotidianidad del término medio. 3 - El ser en como tal: se trata de poner de manifiesto la constitución ontológica del *en*. Todo destacar uno de estos elementos estructurales significa destacar con él los demás, es decir, ver en todos los casos el fenómeno entero".⁹

1.5 El tema de la analítica del *ser ahí*.

El ente cuyo análisis se propone la analítica existenciaria somos en cada caso nosotros mismos. "El ser de este ente es, dice Heidegger, en cada caso, *mío*"¹⁰. De la caracterización del *ser ahí* resulta lo siguiente: 1. La esencia del *ser ahí* está en su existencia. 2. El ser que le va a este ente en su ser es, en cada caso, *mío*. Siendo la esencia del *ser ahí* su existencia, se puede concluir que: a) Existencia es siempre existencia del hombre; b) existencia es siempre existencia individual; c) la filoso-

fía de la existencia no mide más al hombre con el modelo de las cosas, del *ser ante los ojos*; d) el método de la filosofía de la existencia es más o menos el método fenomenológico.

2. Alcance jurídico de la analítica existenciaria.

Tan pronto como la analítica existenciaria alcanzara difusión y sus ideas se discutieron en los recintos académicos, empezaron los juristas procedentes de diversos campos del derecho a hacer referencias al posible aprovechamiento de las ideas de Heidegger en la comprensión y explicación del derecho. O por el contrario, lanzaron presurosos sus dardos para indicar la esterilidad de tal filosofía de la existencia. Y no faltó quien esperara de Heidegger en este campo lo que no debiera esperar.

Werner Maihofer ha trazado en *Recht und Sein* las líneas generales de los prolegómenos a una ontología del derecho, siguiendo la inspiración de Heidegger latente en *Sein und Zeit*. Cree que con la obra maestra heideggeriana ha comenzado para la filosofía un nuevo investigar. Y cree también que la filosofía del derecho tiene la tarea de una explicación del derecho sobre el fundamento de una concepción del ser¹¹.

Franz Wieacker, profesor de derecho privado en Friburgo, se lamenta de la ausencia de una temática jurídica en el ámbito de la filosofía existencial, así como de una actitud afirmativa de valores jurídicos inmutables.¹²

Alfred Verdross se refiere en *La filosofía del derecho del mundo occidental* a un indicio del pensamiento jurídico de Heidegger que se encuentra en su *Carta sobre el humanismo* y que trata de las señales que pueden provenir del ser y que tienen que convertirse en las leyes y reglas de conducta de los hombres¹³. El comentario de Verdross al indicio del pensamiento jurídico de Heidegger ha sido transcrito por Recaséns Siches en *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*.¹⁴

Lo que Heidegger pudo haber dicho o escrito sobre el derecho es irrelevante. El no es jurista ni jamás ha pretendido inmiscuirse en te-

11 - Werner Maihofer: *Recht und Sein*, S. 13, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1954.

12 - Franz Wieacker: *Historia del derecho privado de la edad moderna*, p. 529, Aguilar, Madrid, 1957.

13 - Alfred Verdross: *La filosofía del Derecho del mundo occidental*, p. 348. Unam, México, 1962.

14 - Luis Recaséns Siches: *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, vol. II, p. 913, Editorial Porrúa S. A., México, 1963.

9 - Idem, p. 63.

10 - Idem, p. 49.

mas especiales de jurisprudencia. No se trata de rastrear en los escritos de Heidegger huellas de principios o pensamientos trascendentes para la jurisprudencia o para la filosofía del derecho, sino de enfrentarse a la analítica existencialista como un cuerpo de doctrina filosófica de la mayor trascendencia para los modos del *ser ahí*. El conocimiento en su forma científica o filosófica es un modo del *ser ahí* que sufre una profunda transformación si se le da un tratamiento existencialista como lo ha hecho, por ejemplo, Ernesto Mayz Vallenilla en su excelente tratado *Ontología del conocimiento*.¹⁵ Otro modo del *ser ahí* es la conducta en su forma ética o jurídica, así lo hubiese llamado el propio Heidegger. Todos los existencialistas descritos y analizados magistralmente en *Sein und Zeit* son categorías mucho más apropiadas que las aristotélicas o kantianas para el conocimiento de la conducta del *ser ahí*. Así como en el pasado cercano Rodolfo Stammler pudo construir con las categorías kantianas un sistema sugestivo de filosofía del derecho, así también se puede construir en un futuro próximo una filosofía del derecho desde el punto de vista existencialista.

El primer existencialista: el ser en el mundo —in der Welt sein—, por ejemplo, resulta fecundo cuando le aplicamos a los temas jurídicos fundamentales como son la persona, la propiedad, el contrato, el Estado, etc. No menos fecundos resultarían los existencialistas tales como el cuidado o preocupación, la libertad, la responsabilidad, la trascendencia, la temporalidad, la historicidad, la mismidad, la impropiedad, etc. La temporalidad no es la vieja categoría del tiempo de la tabla aristotélica ni de la kantiana, categoría cosmológica propia de las cosas, sino el tiempo humano. Tiempo cósmico y temporalidad existencialista son dos categorías radicalmente diferentes. La temporalidad es un tiempo interiorizado, humano. Con la analítica existencialista estamos en las puertas de una filosofía del derecho incógnita.

15 - Ernesto Mayz Vallenilla: *Ontología del conocimiento*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1960.

EXHORTACION A LOS JUECES

No es nada insólito que dentro de la universal crisis de las instituciones, la administración de justicia se resienta del mal general. Pero dentro del concepto de que la justicia es una cualidad moral que obliga a los hombres a practicar cosas justas, no es posible hacer concesión alguna, así la cambiante condición de las cosas no haya colocado frente a la necesidad de admitir nuevos principios, rectificar ciertas actitudes y acomodar el espíritu a nuevas concepciones. Porque es la inmutabilidad característica esencial de la justicia natural, así la noción de lo legal se vaya acomodando, para ajustarse a la idiosincrasia de los pueblos, a exigencias de índole circunstancial y a determinados comportamientos humanos.

No hay que confundir, pues, lo inexorablemente mutable con la especial virtud que es la justicia. De allí que, para proceder con criterio, el concepto de justicia invariable en su esencia, tenga que aplicarse a través de ciertas normas que la realizan, acomodándolas y adecuándolas a determinadas situaciones y a específicos comportamientos frente a las exigencias de los tiempos.

Pero este ajuste entre la legislación positiva y el principio natural, no tiene por qué realizarse dentro de comportamientos claudicatorios ni supeditado a ciertas contemporizaciones que desnaturalizan los graves menesteres de la justicia y manchan de ludibrio las vestas de sus aplicadores.

Bien conocidas son de todos las precarias condiciones en que se cumplen las tareas de los jueces, mas a la modestia de los recursos no debe corresponder necesariamente el desmedro en el desempeño. Muchos jueces, para bien de todos, vienen cumpliendo con honestidad, decoro y ejemplar consagración la ponderosa labor que les fue confiada. Muchos, para ejemplo de quienes entienden la judicatura como una mera rutina burocrática, acreditan estimulantes propósitos de superarse en sus de-

sempneos. Muchos, también, para orgullo y preza de la justicia observan una conducta acomodada en todo instante a las sagradas exigencias de su cargo, edifican con su ejemplo y hacen honor a la investidura. Pero desgraciadamente también hay jueces que llenan de escarnio y sonrojo la faz de la justicia, escandalizan con el desorden de sus vidas, vulneran por acción o por omisión, por ignorancia y por descuido los intereses de sus semejantes y crean el recelo, la desconfianza y hasta el desprecio frente a los afanes que les fueron confiados.

Hasta el Tribunal suben con reiterada y dolorosa frecuencia quejas contra los jueces no sólo por falta de celo en el cumplimiento de sus deberes, sino por inexcusable tolerancia con sus subalternos y reprochables delegaciones en el ejercicio de su ministerio. Otras veces en la disolución en las costumbres, la intervención en la política, el menosprecio y malos tratos para con los ciudadanos que acuden al despacho, el ausentismo consuetudinario y hasta gravísimas sindicaciones por delitos.

Para fortuna de Antioquia y regocijo de quienes compartimos con ustedes las graves tareas de la judicatura, todas estas lacras apenas son lunares dentro de un comportamiento general que hace honor a las tradiciones de pulcritud, entereza, desinterés y fervor que han caracterizado la marcha de la justicia en esta privilegiada parcela de la Patria.

Pero es preocupación constante del Tribunal que cada día sea más eficiente, más docta, más rápida, más limpia la administración de justicia y que cada uno de los jueces adquiriera una más exacta noción de la trascendencia de las funciones que le fueron confiadas. Cada día son numerosos los elementos que, después de haber concluido sus estudios universitarios, se incorporen a la judicatura. A medida que se vaya cubriendo con personal más calificado todos y cada uno de los juzgados, se harán más expeditos los caminos de la justicia y, aunando esfuerzos, venciendo inveteradas prácticas viciosas, insuflando mística a tan grandioso ministerio, habremos de dar una nueva imagen a una función que ha venido deteriorándose no sólo intrínsecamente sino dentro de la consideración de nuestros conciudadanos.

No sería honesto que el Tribunal se marginara de toda culpa y que, escudándose en su mayor jerarquía hiciera recaer sobre Uds., señores jueces, todo el peso de la tremenda responsabilidad imputable a algunas de las causas ya expresadas. Todos nosotros, administradores de justicia, tenemos que confesar honradamente que no siempre hemos estado a la altura del cumplimiento de nuestro deber y que si no por doloso comportamiento, por lo menos por insufrible tolerancia, por vicios pro-

pios de la naturaleza humana y hasta por desidia, tenemos que compartir tan penosa culpabilidad.

Pero mientras exista el afán de superación, mientras aliente un espíritu que quiera de veras compenetrarse de sus altos cometidos, mientras seamos conscientes de las trascendentales responsabilidades que nos han sido confiadas, nada se habrá perdido y sí mucho ganado, pues los vicios superados aquilatan y dan mayor lustre y significación y aprecio a las virtudes adquiridas.

En este nuevo año, que deseo venturoso para todos Uds., la justicia habrá de lograr no sólo más adecuadas formas de realización sino que alcanzará a tener, y de ello no quiero ni puedo tener la menor duda, falladores más discretos, más estudiosos, más fervorosos en el cumplimiento del deber, más asiduos en el trabajo y más concientes de las tremendas responsabilidades que nos ha confiado la República.

Servidor,

Octavio Restrepo Yepes,
Presidente del Tribunal.

COMENTARIOS DE LIBROS

DICCIONARIO JURIDICO - JURISTISCHES WORTERBUCH
DEUTSCH/SPANISCH - SPANISCH/DEUTSCH.

Crescencio Antolínez.

Carl Heymanns Verlag KG - Köln - Berlín - Bonn - München - 1970. VIII, 185
Seiten. - Plastik DM 32.

El jurista español Crescencio Antolínez acaba de alcanzar un verdadero éxito científico con la publicación de su *Diccionario Jurídico alemán-español y español-alemán* editado por Carl Heymanns Verlag KG de Colonia, Alemania Federal. No fue fácil la tarea de investigación que se propuso realizar el señor Antolínez, pues tuvo antes que vencer serias dificultades y superar barreras que se interpusieron en el camino a recorrer y la meta por alcanzar. Una de las dificultades que tuvo que afrontar y resolver, fue la heterogeneidad de los sistemas jurídicos español y alemán, porque tanto el uno como el otro parten de conceptos jurídicos diferentes, "lo cual hace imposible en muchos casos hallar la equivalencia lingüística en una materia, en que no se da la equivalencia doctrinal respectiva". Sirvan aquí de ejemplo dos conceptos muy usados en la vida diaria, a saber: divorcio y comerciante. "Lo que el *Código Civil* define como *divorcio* no es el *Scheidung* del *Bürgerliches Gesetzbuch*, término éste que sin embargo suele traducirse por *divorcio*. *Musskaufmann*, *Sollkaufmann* y *Kannkaufmann* son conceptos del derecho mercantil alemán que no admiten equivalente alguno en el derecho mercantil español (p. V)". En muchos casos no es posible la asimilación absoluta sino solamente la aproximación.

El *Diccionario Jurídico* de Antolínez ha sido preparado con fines prácticos y está destinado en particular al traductor y al lingüista, "aun cuando se han tenido en cuenta las necesidades del jurista y del especialista en las ramas más importantes del derecho (p. V)". El material ter-

minológico o lexicográfico ha sido reunido, extrayéndole de las fuentes más importantes de la cultura y la vida práctica, a base de códigos, de leyes, contratos, certificados, documentos de toda clase, etc. No obstante su brevedad, este valioso diccionario jurídico bilingüe abarca todas las ramas más importantes del derecho, es decir, el derecho civil, el penal, el procesal, el internacional, el administrativo, el constitucional y el mercantil. Incluye además un número nutrido de voces extraídas del derecho laboral y de la seguridad social.

Finalmente, el autor consigna su agradecimiento más vivo a D. Marino Barbero Santos, Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, por la colaboración prestada en la revisión del diccionario.

Benigno Mantilla Pineda

ESTUDIOS DE SOCIOLOGIA POLITICA

Francisco Murillo Ferrol - Reimpresión 1970 - Editorial Tecnos, Madrid.

La primera edición del libro arriba citado apareció en 1963 con base en el programa que regenta su autor en la Universidad de Granada, España. La reimpresión, como es obvio, no ha alterado absolutamente el texto publicado originalmente. En el lapso de siete años este libro ha conservado el vigor de sus ideas y la actualidad de los temas en él tratados. Su reimpresión nos parece oportuna y esperamos que encontrará mayor difusión y acogida que su primera edición en años pasados.

La ciencia política o politología o cratología o como se la quiera llamar vive en los últimos veinticinco años un período de auge y prosperidad en todos los países civilizados y con mayor razón en los que tienen participación en el poder político y militar mundial y en los que tuvieron un papel capital en la historia moderna, como es el caso de España. En el mundo occidental se dice que va a la cabeza de los estudios políticos Estados Unidos de Norte América, pero es muy notoria la contribución que también están haciendo otros países como Francia, Alemania Federal, Inglaterra, Italia y España. En Ibero América esta clase de estudios tiene también sus centros de cultivo y divulgación y sus personajes realmente interesados en los mismos y capacitados para desarrollarlos.

El título del libro de Murillo Ferrol es modesto pero en verdad muy atractivo. Todas las ramas de la sociología tienen en la actualidad la vir-

tud de despertar el interés del público y mucho más todavía la sociología política, puesto que se relaciona con una dimensión vital del hombre en su destino social e histórico. Cada ciudadano pertenece a un Estado y lleva en sí mismo la suerte que ese Estado corre en los tiempos críticos en que vivimos. Hay una necesidad individual y colectiva de conocer en qué consiste el fenómeno político que a todos nos afecta y envuelve. El conocimiento de la política ha rebasado la academia y la universidad y los recintos de los profesionales de la política para llegar al ciudadano común y hasta diría al hombre de la calle. El libro sigue siendo un gran vehículo de difusión de ideas y doctrinas.

El contenido de *Estudios de sociología política* de Murillo Ferrol responde a las aspiraciones de su autor y a las exigencias de la crítica y del público. Su temática y exposición muestran constantemente su procedencia y origen, es decir, la cátedra universitaria. En todo momento desde el principio hasta el fin mantiene su autor la seriedad científica y la claridad de la expresión de las ideas. Ciertamente este libro no es un tratado ni siquiera un manual de ciencia política, pero sí lo que anuncia su título: *Estudios de sociología política*. Creo que tales estudios han sido seleccionados por quien conoce de la materia y por quien tiene, como profesor, el hábito de impartir enseñanza.

Cuál es el temario de *Estudios de sociología política*? Para ilustrar al lector transcribimos los temas a continuación: El comportamiento político y la socialización, la opinión pública, el cambio social, la teoría sociológica del conflicto y de la revolución, el poder, la burocracia, el ámbito nacional de la organización política y los grupos de presión. Cada uno de estos temas es materia de exposición cuidadosa y a nivel científico con todos los medios metodológicos y bibliográficos que son de rigor en el marco de las investigaciones sociales. Cada tema no solamente es tratado en el plano abstracto sino también en el práctico, si demanda aplicación o ilustración en el campo de la política en España. Así, por ejemplo, al considerar la opinión pública en general incluye al final un estudio de la opinión pública en España.

La oportunidad en el tratamiento de ciertos temas es muy notoria. Valen como ejemplos el capítulo sobre el cambio social y el capítulo sobre la teoría sociológica del conflicto y de la revolución. El estudio del cambio social, iniciado hace medio siglo por W. F. Ogburn, ha alcanzado en nuestros días la más amplia difusión, favorecido sin duda por la efervescencia social en los órdenes técnico, científico, económico, político e incluso religioso que vive el orbe. Los países industrializados confron-

tan el problema de la celeridad vertiginosa del cambio social y los países en vía de desarrollo lo experimentan como una necesidad y una meta. Este fenómeno social tan generalizado es empero uno de los más difíciles de asir.

De mayor envergadura que el estudio del cambio social es el estudio del conflicto y la revolución, si bien es cierto que ambos fenómenos no se pueden distinguir ni separar demasiado. El conflicto y la revolución es el clima de alta temperatura a que se ven sometidos por la acción y la propaganda políticas los países en vía de desarrollo, como es el caso de la mayoría o de todos los países hispanoamericanos. El tema naturalmente tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio y así es tratado por Murillo Ferrol.

Benigno Mantilla Pineda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Antonio Truyol y Serra. - Editorial Tecnos, Madrid.

El nombre y la producción filosófica y científica de Antonio Truyol y Serra me son muy familiares. Hace más de dos décadas leí su libro: *El derecho y el Estado en San Agustín* (1944) y conozco también su *Historia de la filosofía del derecho - desde los orígenes hasta la Edad Media* (1954). Truyol y Serra es un avezado investigador de la filosofía y del derecho y un prestigioso profesor universitario y escritor. Por la calidad de su obra es merecedor del respeto y confianza de sus colegas, de sus discípulos y de sus lectores y admiradores.

Los *Fundamentos de derecho internacional público* de Truyol y Serra es un libro que tiene su historia. Inicialmente fue un artículo de la *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, F. Seix, 1949). La primera edición es de 1950, la segunda de 1955 y la tercera y última objeto de este comentario es de 1970. Ha merecido también por lo menos dos ediciones en portugués. La tercera edición contiene adiciones y retoques que "afectan a la generalidad de las secciones, aunque sean más intensos en algunas, por estar más sujetas a la obra del tiempo" (p. XI).

Truyol y Serra ofrece en un apretado compendio una noción clara y precisa de una materia de suyo vasta y compleja como es el derecho internacional. El texto comprende dos partes distribuidas en forma no-

vedosa. La primera trata de los fundamentos doctrinales y la segunda de los históricos. Lo corriente en esta disciplina consiste en la precedencia de la parte histórica a la doctrinal. Esta inversión en la presentación del material didáctico tiene sin duda sus ventajas. No obstante la importancia del acontecer histórico para todas las disciplinas humanísticas, incluyendo las jurídicas, lo doctrinal es lo principal y lo histórico lo accesorio. El estudiante y el lector entran de lleno a través del libro de Truyol y Serra en lo que es y constituye actualmente el derecho internacional público. Los fundamentos históricos del derecho internacional público son aquí un complemento y una sección de consulta.

Cuál es el concepto de derecho internacional público sustentado por Truyol y Serra? Según él, la expresión "derecho internacional público" sirve muy imperfectamente para caracterizar la rama del derecho a que se aplica. En verdad el derecho internacional público no se da entre naciones sino entre *Estados*. Propiamente hablando el derecho internacional público no es internacional sino *interestatal*. Los sujetos de este derecho no son las naciones sino los ESTADOS. Por supuesto, junto a los Estados como sujetos de derecho internacional aparecen *otros entes sociales con poder de autodeterminación*, cuyas relaciones con los Estados y entre sí regula también el derecho internacional público. Admitiendo estrictamente los sujetos citados, surge inmediatamente el problema de cuál es la posición del individuo en el derecho internacional público. Sobre este problema particular existen tesis favorables de eminentes juristas. Además la fase más reciente del derecho internacional apunta en este mismo sentido.

No basta constatar la existencia del derecho internacional público. Es necesario también indagar por su fundamento. A este problema le dedica Truyol y Serra importante lugar en su libro, examinando las dos grandes tendencias que responden a la pregunta sobre el fundamento del derecho internacional. La tendencia que lo fundamenta en la *voluntad estatal* estuvo representada ampliamente en el inmediato pasado por el hegelianismo y por el positivismo. La concepción hegeliana del derecho internacional es consecuencia directa de la concepción hegeliana del Estado. Hegel concebía el Estado como la más alta encarnación del espíritu objetivo. El derecho internacional se funda en la voluntad del Estado, en cuanto ésta concierne acuerdos con la de otros Estados. También para el positivismo jurídico, el fundamento del derecho internacional público es la voluntad del Estado. La insatisfacción producida por estas doctrinas condujo a buscar otros fundamentos. Son significativas en esta nueva dirección las tesis de L. Le Fur, A. Verdross y otros, que pro-

pugnan ora una vuelta a la concepción cristiana tradicional del derecho natural, ora al principio de la sociabilidad humana.

Otro concepto fundamental de derecho internacional público que recibe adecuada atención y tratamiento por parte de Truyol y Serra es el de soberanía. Muchos autores consideraban incompatible la soberanía con todo vínculo que la limite. La soberanía ha desempeñado un papel positivo en la formación del Estado moderno. Su papel en el derecho internacional público actual varía según la invoquen las superpotencias o los Estados pequeños. Lo cierto es que la soberanía no ha dejado de ser un concepto político y jurídico de primer orden en la organización mundial.

Por todos estos conceptos y por su contenido total el libro de Truyol y Serra tiene una posición especial en la bibliografía del derecho internacional público.

Benigno Mantilla Pineda

DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

J. J. Caicedo Castillo - Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1970.

Ha sido indudablemente un acierto de Fernando Murillo Rubiera, director del Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, haber incluido y editado en la Colección de Monografías Jurídicas la obra de José Joaquín Caicedo Castilla titulada *El Derecho Internacional en el Sistema Interamericano*. La publicación de esta obra por la entidad mencionada comprueba de manera concreta la eficacia de la cooperación cultural entre España y los países hispanoamericanos.

José Joaquín Caicedo Castilla, ciudadano colombiano, es ampliamente conocido en su país en los centros universitarios y jurídicos, en los círculos políticos y en los salones de la clase social distinguida. Abogado, profesor universitario, político y diplomático, son los títulos que le acreditan como hombre muy versado en las ciencias del derecho y en las disciplinas humanísticas complementarias. Le ha servido a su país con pulcritud y eficacia desde las más elevadas posiciones como la Cancillería, las misiones diplomáticas, la cátedra universitaria, el Congreso de la República, etc., etc.

La producción jurídica de Caicedo Castilla se ha concretado en una serie de libros de gran utilidad y calidad. La enunciación de los meros

títulos dan idea de su fecundidad y actividad científicas. En las Facultades de Derecho es muy conocido y usado su texto de *Derecho internacional privado*, el cual ha merecido siete ediciones hasta la fecha. Obras suyas son también *El tratado interamericano de asistencia recíproca*, *La organización de los Estados americanos* y *La obra del comité jurídico interamericano*. Sus libros y su carrera diplomática muestran claramente su vocación de servicio a su país en el delicado campo de las relaciones políticas y jurídicas internacionales. Y por su trayectoria científica está preparado para escribir una obra de envergadura como lo es la que nos proponemos comentar en estas líneas.

En el estudio del derecho regional interamericano emprendido por Caicedo Castilla no sólo hay una nueva dirección reflejada claramente en el lenguaje empleado sino también una mayor comprensión y hondura de la materia, es decir, cierta madurez metodológica y científica. El término panamericanismo, por ejemplo, usado por el mismo Caicedo Castilla en la primera edición de la obra que comentamos, ha sido abandonado y sustituido por un concepto moderno y actualizado como lo es el de derecho internacional interamericano. Hay un esfuerzo intelectual por captar mejor el fenómeno jurídico regional de América con nuevos esquemas de pensamiento y lenguaje.

El derecho internacional en el sistema interamericano contiene, desde el punto de vista histórico y sistemático, todo lo esencial para el conocimiento completo de esta rama del derecho. Sus items principales son: Primera parte: Los orígenes del panamericanismo; segunda parte: historia del panamericanismo; tercera parte: Realizaciones del interamericanismo; cuarta parte: Los nuevos problemas; y quinta parte: Jurisdicción internacional y derecho interamericano.

Los orígenes del panamericanismo se remontan al Congreso de Panamá (1926), propiciado por el Libertador Simón Bolívar, cuyos acuerdos tuvieron como objetivo principal mantener la soberanía y la independencia de los Estados de América. La historia del panamericanismo comprende la descripción sumaria de las conferencias de las naciones americanas desde la primera celebrada en Washington del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890 hasta la de Caracas de mayo de 1954, de las conferencias interamericanas extraordinarias y de las reuniones de consulta entre los ministros de relaciones exteriores. Como es de suponer el temario de estas reuniones y conferencias ha seguido las contingencias históricas y sociales del Continente, pero siempre ha prevalecido el sentido de la unidad, la cooperación, la solidaridad y la independencia hemisféricas.

El estudio detallado de las realizaciones del interamericanismo abarca una gran parte de esta obra. En concepto de su autor, Caicedo Castilla, "la Organización Panamericana ha tenido un desarrollo lento y al mismo tiempo firme. Por tal causa, los resultados conseguidos han sido a la vez trascendentales y estables. Tal sucede con la solidaridad de las naciones del continente, el respeto a su autonomía contra toda ingerencia extranjera, la asistencia mutua en la defensa del hemisferio, la creación y perfeccionamiento de determinadas instituciones, la proclamación de ciertos principios jurídicos fundamentales, el establecimiento de un acuerdo regional americano dentro del cuadro de las Naciones Unidas". (p. 137).

Los nuevos problemas son esencialmente políticos, económicos y sociales.

La quinta parte es un análisis del asilo del líder peruano Haya de la Torre.

Los apéndices contienen un organigrama de la O.E.A. y el texto vigente de la carta de la O.E.A.

Benigno Mantilla Pineda.

MANUAL DE TECNICAS DE LA INVESTIGACION

ACOSTA HOYOS, Luis Eduardo, Asesores de Bibliotecas, Archivos y Publicaciones ASBIARPI, 1970, 169 p.

LA OBRA

Esta obra es una contribución muy valiosa para las universidades de habla hispana, pues el autor pretendió lograr, consiguiéndolo con creces, exponer con claridad y método toda la serie de fases principales del proceso de investigación.

Muchas universidades ya han visto ese valor del libro y en consecuencia lo han adoptado de manual modelo para sus cursos y realización tanto de tesis, como de monografía, y demás, trabajos que a ellas se sometan. El Comité de Posgraduados de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia fue la primera entidad que lo acogió como modelo y guía que oriente a los alumnos de posgrado para la realización de sus trabajos y de sus tesis.

Esta obra, es definitiva, viene a llenar un vacío en nuestra lengua, pues hasta el presente no se contaba en español con un manual tan di-

dácticamente escrito, que publicara la necesidad de servir de modelo desde el estudiante que se inicia en la confección de trabajos, hasta el intelectual prolífico que escribe sus obras para publicarlas.

La Comisión que nombrara el señor Rector de la Universidad de Antioquia, para que expresara su criterio sobre la obra, opinó lo siguiente:

"El libro de Acosta Hoyos, es en realidad una contribución muy valiosa a la solución del problema de normalización con el cual se enfrentan los investigadores en el momento de valorar el fruto de su trabajo. El principal mérito de este libro consiste en la presentación clara, sistemática y metódica de una serie de reglas que tiene que respetar toda investigación científica. La presentación es sumamente clara; cada capítulo es completo y se refiere exactamente al tema indicado por el título del mismo; la redacción es metódica; el estilo riguroso al mismo tiempo que es sobrio y elegante; el material bibliográfico utilizado es amplio y bien aprovechado. En todo sentido se puede considerar que el libro del doctor Acosta Hoyos, es de gran importancia y que reúne una serie de cualidades de alto nivel intelectual.

EL CONTENIDO

El contenido de esta obra se desenvuelve de manera natural y lógica, pues iniciando con la elección del tema desemboca en la redacción final. El libro está compuesto por ocho capítulos. En el primero se da una serie de normas que todo estudioso o investigador debe seguir para poder embarcarse en una investigación fructífera. Luego en el segundo capítulo se explica cómo se debe definir el tema para tener una idea precisa sobre el mismo y proceder a hacer un plan de trabajo que le sirva de pauta en su desarrollo, acompañado de una agenda, donde el investigador debe precisar el tiempo que invertirá en la confección de su trabajo u obra. El tercer capítulo está compuesto por una serie de reglas que indican la manera como debe hacerse una bibliografía, bien sea de libros, de artículos de revista, de artículos de enciclopedias o bien de simples charlas, cartas no publicadas o conferencias radiales. Este capítulo está profusamente ilustrado con modelos escogidos con mucha propiedad, lo cual hace muy comprensible las explicaciones teóricas. El cuarto capítulo versa sobre la lectura, donde en forma sucinta se habla de sus fines, de la comprensión, la concentración, se dan reglas para leer

con provecho y muy acertadamente se indica cómo se debe abordar un libro. En el quinto capítulo se trata sobre la técnica de apuntes, el cual es de suma utilidad si se considera que muchas veces el lector pierde su tiempo precisamente porque no sabe confeccionar correctamente sus apuntes. El sexto capítulo se dedica a explicar la manera como se hacen citas a autores o a escritos en la redacción de un trabajo. El séptimo capítulo, muy útil para autores y para secretarías, muestra la forma como se debe presentar un trabajo con sus páginas preliminares, su cuerpo o desarrollo y sus partes accesorias. En el capítulo final está dedicado a la redacción definitiva donde con lucidez se habla de la manera de presentar y estructurar el fruto de una investigación científica con lenguaje serio y riguroso.

Por último este libro trae cuatro partes accesorias, son ellas: el glosario, donde se explican y definen todos los términos técnicos usados en obras; la bibliografía, muy amplia, la cual le sirve de fuente de ampliación de conocimientos a la persona que esté interesada en el tema; el apéndice, donde se da una serie de modelos prácticos que explican la teoría del capítulo sobre la forma de presentar trabajos y el índice, que es como un mapa detallado por materias de los asuntos tratados en la obra.

Este libro es un manual muy útil para todo estudiante, profesor, investigador y escritor. Sin duda alguna será adoptado por las universidades colombianas y aún de América Latina, para unificar la presentación de tesis y demás trabajos, ya que explica el método universalmente aceptado para la elaboración de trabajos científicos.

EL AUTOR

El autor del libro es un escritor muy prolífico, como que cuenta en su haber intelectual ocho obras publicadas, además de numerosos ensayos y artículos en revistas y periódicos. Todo lo cual le ha dado experiencia y le capacita para enfrentarse a una obra de tal magnitud.

Tiene estudios universitarios en Colombia y especialmente en Estados Unidos y Europa.

Pertenece a varias academias de historia y es miembro de la Asociación de Escritores Antioqueños.

Actualmente es catedrático de la materia en la Universidad de Antioquia y desempeña el cargo de Director del gran Departamento de Bibliotecas de la misma institución, uno de los mejores en su género en Colombia. — M. P. A.

CONTENIDO

Responsabilidad patrimonial del Estado.	
<i>Jesús Vallejo Mejía</i>	5
Causales de impugnación jurisdiccional del acto administrativo.	
<i>Jairo Duque Pérez</i>	135
Constitución nacional y Justicia militar.	
<i>Ernesto Saa Velasco</i>	165
Capacidad penal de las personas jurídicas.	
<i>Fernando Meza Morales</i>	175
La garantía del derecho de huelga en Colombia.	
<i>Alberto León Gómez Zuluaga</i>	181
Hacia la supresión de la llamada "Parte general" del derecho civil y su reemplazo por una introducción adecuada.	
<i>Fernando Fueyo Laneri</i>	193
La Vejez Normal y Patológica	
<i>Luis Alfonso Ramírez Gómez</i>	213
Alcance jurídico de la analítica existencial.	
<i>Benigno Mantilla Pineda</i>	227
Exhortación a los jueces	233
Comentarios de libros	237